

## **Acción “de clase” para demandar la modificación de cláusulas de grupos de contratos nacidas del abuso de la posición dominante.**

Por Miguel Eduardo Rubín. Publicado en en la Revista de Código Civil y Comercial n° 7 (agosto 2019).

**Sumario:** 1. Réquiem para los contratos del Código Napoleón y palabras inaugurales sobre la situación de opresión de las empresas dominadas. 2. Abuso del derecho y abuso de la posición dominante. 3.- Trascendencia de esta temática respecto de los contratos relacionales. 4. Volviendo al Derecho argentino. 5. ¿Qué es una pyme?. 6. La integración judicial del contrato como misión fundamental del tribunal en estos casos. 7. La función integradora en los procesos colectivos. 8. Legitimación activa. 9. La falacia de la imposibilidad de discutir el precio. 10. El mito de la defensa *passing-on*. 11. Las acciones *follow on* y las cuasi *follow on*.

### **1. Réquiem para los contratos del Código Napoleón y palabras inaugurales sobre la situación de opresión de las empresas dominadas.**

La regulación legal de los contratos privados del Derecho Continental tuvo un hito fundamental en el Código Civil francés de 1804. Estaba basada en la filosofía de la Revolución de 1789 que suponía que el contrato (salvo excepciones) era el resultado de la idílica negociación entre dos personas, en perfecta igualdad y libertad<sup>1</sup>. Por eso ese sistema reposó sobre la piedra basal de la **autonomía de la voluntad**<sup>2</sup>.

Claro que el Código Napoleón nació en una Francia rural, casi un siglo antes de que aparecieran la luz eléctrica, las telecomunicaciones, los vehículos de motor y las grandes empresas monopólicas u oligopólicas<sup>3</sup>.

Después de más de doscientos años de nacido el *Code* los pequeños y medianos comerciantes de nuestro país bien pueden preguntarse ¿cuándo, en toda su vida, le verán la cara al CEO de la empresa que maneja de cierta tarjeta de crédito líder en el mercado por donde pasan buena parte de sus ventas? ¿Cuándo estarán mano a mano con el directivo del Banco que dicta las normas sobre las que transita, con suerte, la financiación de su operatoria? ¿Cuál será el día en el cual podrán negociar con la gran empresa monopólica que es su proveedor fundamental, los precios y las condiciones de los bienes o servicios que recibe de ella? La respuesta a las tres preguntas es la misma: nunca.

Todo eso que ritualmente seguimos llamando cuestiones “contractuales”, el emprendedor pyme debe gestionarlo a través de una computadora en la que solo hay condiciones

---

<sup>1</sup> Martín, Xavier, “Fundamentos políticos del Código Napoleón”, en “La Codificación: raíces y prospectiva”, ed. de la Universidad Católica Argentina, pág. 157.

Sin embargo, numerosos autores sostuvieron que el concepto de **causa**, y, sobre todo, los de **causa lícita** e **ilícita**, imponían un frontera (Santarelli, Fulvio G., “Contrato y mercado”, ed. La Ley, pág. 159).

<sup>2</sup> Tedeschi, Sebastián E., “El Waterloo del Código Civil napoleónico. Una mirada crítica a los fundamentos del Derecho Privado moderno para la construcción de sus nuevos principios generales”, ed. Eudeba, pág. 173.

<sup>3</sup> Talau, Jean-Marc, “La pérennité du Code civil en France», rev. InDret 1/2005, febrero/2005, <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/79286/103426>.

predispuestas.

Y ¿qué ocurre, desde el punto de vista jurídico, cuando esos empresarios pymes, al leer en el monitor de la PC el contrato que los vincula a aquellas mega-empresas dominantes encuentran algunas cláusulas (que, en general, las hay, y en cantidad) que le son francamente perjudiciales? En la inmensa mayoría de los casos agacharán la cabeza y soportarán el vejamen porque, aunque los abusos se traducen en ilegítimas transferencias de ventajas económicas de los débiles en favor de los poderosos, usualmente esa actividad, para ellos, es fundamental.

Por eso el Derecho contemporáneo, para hacer Justicia, ha reemplazado el eje del sistema contractual: de la autonomía de la voluntad como expresión de libertad de las partes ha pasado a poner el acento en valores y fines como la equidad, la solidaridad y la igualdad<sup>4</sup>.

## **2. Abuso del derecho y abuso de la posición dominante.**

Ya el Mercader de Venecia hizo tomar conciencia a la Humanidad de que los contratos pueden nacer de un abuso y que, aunque ello no ocurra, sus estipulaciones pueden ser ejercidas despóticamente.

Es incontrastable que en estos días la desigualdad entre las partes en la vida comercial engendra atropellos de la parte poderosa a la parte débil<sup>5</sup>. No obstante, el Derecho tardó bastante en encontrar las herramientas para evitar o reprimir esos desvíos. Recién en los últimas décadas se ha tomado conciencia de la gravedad del fenómeno y, por eso, se hace lo indecible por evitar tales excesos<sup>6</sup> recurriendo, por analogía y extensión, a las normas de protección al consumidor<sup>7</sup>.

En ese sentido, la aparición del **abuso de la posición dominante** significó un paso adelante en la búsqueda de la equidad en los contratos<sup>8</sup>.

No por nada, en los últimos años, la Comisión Europea, por prácticas de esa índole, le impuso a Google una multa de € 2.424 millones, a Intel una de € 1.060 millones, a Qualcomm una de € 997 millones y a Microsoft una de € 497 millones<sup>9</sup>.

Y en el universo de las compañías de tarjetas de crédito, en el pasado reciente, las compañías que regentan en los EE.UU. las tarjetas de crédito y de débito VISA y MASTERCARD,

---

<sup>4</sup> Ordoqui Castilla, Gustavo, "Lecciones de Derecho de las Obligaciones. Doctrina general del contrato: su estructura", ed. Ediciones del Foro, tº II, pág. 55.

<sup>5</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, "La teoría de la "corrección del contrato" con base en el desequilibrio contractual", RDPC, número especial dedicado a "Contratos onerosos. Revisión del contrato. Código Civil- Art. 1198", pág. 7.

<sup>6</sup> Ghersi, Carlos A., "Globalización contractual. Red de contratos de dominación", J. A. 2005-II-1397.

<sup>7</sup> Jordá Capitán, Eva, "El control de incorporación y la nulidad de las condiciones generales de la contratación: La pretendida exclusión en el ámbito de la contratación entre empresarios", en "La reforma de los contratos de distribución comercial", ed. La Ley España, pág. 193; Bendito Cañizares, M<sup>a</sup> Teresa, "La impugnación judicial de las condiciones generales de la contratación", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 657, febrero/2000, pág. 403, <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/impugnacion-judicial-condiciones-generales-324875>; Camardi, Carmela, "Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"", rev. Critica del Diritto Privato, vol. 4, año 2005, pág. 555; Rinessi, Antonio J., "La relación de consumo. Noción jurídica", revista Daños y Perjuicios, nº 24, <http://www.novatesis.com.ar/articulos.php?id=0000040>.

<sup>8</sup> Molina Sandoval, Carlos A., "El abuso de posición dominante en la Ley de Defensa de la Competencia", MJD2832.

<sup>9</sup> <https://computerhoy.com/noticias/industria/que-union-europea-ha-puesto-nueva-multa-google-278699>.

junto a los Bancos que forman parte de esos sistemas, en el marco de un proceso judicial que les venía siendo desfavorable, firmaron un acuerdo ante el Tribunal del Distrito Este de Nueva York<sup>10</sup>, por el cual aceptaron devolver a los comerciantes hasta u\$s 6.240 millones por las comisiones abusivas que les habían cobrado<sup>11</sup>.

¿En qué consiste el **abuso de la posición dominante**?

La Lógica indica que primero debemos determinar cuándo, para el Derecho, se está en presencia de la **posición dominante en el mercado** y, una vez aclarado ese concepto, ver qué significa el **abuso** de esa condición.

La recientemente sancionada ley 27442 (de reformas a la Ley de Defensa de la Competencia, de aquí en más LDC) asumió la labor de perfilar a la **posición dominante en el mercado**. En el art. 5 LDC<sup>12</sup> dispone que "...se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos"<sup>13</sup>.

El dato definitorio, entonces, consiste en la ausencia de una competencia efectiva o sustancial en el mercado<sup>14</sup>, lo que no representa mayor novedad respecto de lo que establecía la ley de Defensa de la Competencia en su versión anterior<sup>15</sup>.

Eso sí, ahora, siguiendo la Doctrina correcta, se afirma que no hace falta demostrar la intención del dominador en una circunstancia dada pues, probándose la situación descripta por la Ley se presume, *in re ipsa*, que hay **posición dominante**.

Hecha la precisión precedente resta determinar cuándo hay **abuso de la posición dominante**. Esta noción hace tiempo que se viene desarrollado en el Derecho Comparado. El objetivo es proteger a la parte débil en los contratos<sup>16</sup>, incluso en las convenciones inter-empresarias (que la Doctrina especializada denomina **B2B**<sup>17</sup>).

---

<sup>10</sup> <http://fortune.com/2018/09/18/visa-mastercard-6-billion-price-fixing-lawsuit/>; <http://www.elmundo.es/economia/ahorro-y-consumo/2018/09/18/5ba13d16e5fdeadd518b462a.html>.

<sup>11</sup>La decisión judicial que homologó el acuerdo puede verse en <https://www.nyed.uscourts.gov/news/final-decision-approving-settlement-visamastercard-mdl> y el formulario para obtener la restitución se encuentra en Internet en: <https://img.nyed.uscourts.gov/files/forms/ccauthorization.pdf>.

<sup>12</sup> El precepto está notoriamente inspirado en el art. 82, inc. "a" del Tratado de Roma de 1957 (Lambert, Ariel D., "El abuso de posición dominante en la Defensa de la Competencia", Revista Argentina de Derecho Empresario n° 1, IJ-XLIII-361).

<sup>13</sup> El art. 6 aporta algunos ejemplos.

<sup>14</sup> Lambert, Ariel D., "El abuso de posición dominante en la Defensa de la Competencia", cit.; Cabanellas de las Cuevas (h), Guillermo, "Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia", ed. Heliasta, pág. 648.

<sup>15</sup> Complementariamente, el art. 7 de la ley elucida lo que debe entenderse por **concentración económica** (Cornell, Timothy y Roca, Santiago, "Argentina: camino a la modernización del Derecho de Defensa de la Competencia", <http://abogados.com.ar>).

<sup>16</sup> Barocelli, Sebastián, "La tutela de la vulnerabilidad como principio general del Derecho Privado", Revista Iberoamericana de Derecho Privado, n° 8, noviembre/2018, "Los Principios Generales del Derecho", IJ-DXLI-220.

<sup>17</sup> En inglés: **Bussines to Bussines**. Sobre el particular: Alderete, M<sup>a</sup> Verónica, "From traditional transactions to B2B: a contract theoretical analysis", rev. Journal of Theoretical and Applied Electronic Commerce Research, año 2010, vol. 5, n° 3, pág. 17.

El tema, naturalmente, ha tenido repercusión en la Jurisprudencia extranjera<sup>18</sup>. También ha suscitado numerosos estudios de la Doctrina, incluyendo la nuestra<sup>19</sup>.

En la labor exegética el punto de partida en este asunto está dado por aquello que, para el Derecho, debe ser el propósito del contrato<sup>20</sup>.

Es sabido que cada parte tiene su propio interés en el contrato. Eso es, para cada uno de los sujetos, “la” **finalidad** de esa operación<sup>21</sup>.

Así, quien vende un vehículo, lo hace para cobrar el precio, y quien lo compra, para poder usarlo en el futuro y, en su caso, para revenderlo.

Claro que ello no es más que la **finalidad primaria** de esa operación, porque también hay **finalidades secundarias** o **derivadas**, las que no son menos respetables<sup>22</sup>: el vendedor puede querer cobrar el precio para invertirlo en otro negocio; el comprador puede haber comprado el rodado para usarlo como taxi. A su vez hay otros objetivos que derivan de esas finalidades secundarias.

El Derecho debe hacer lo posible para que las dos partes tengan una razonable oportunidad de lograr esas finalidades que cada una persigue<sup>23</sup>.

Eso no quiere decir que las partes deban garantizarse recíprocamente que ambas harán realidad todos sus anhelos. La Doctrina estima que se alcanza la Equidad en materia contractual cuando, tanto en la génesis del contrato, como después, las prestaciones que se intercambian son equivalentes<sup>24</sup>. A eso se llama estar en igualdad de armas<sup>25</sup>. Algunos consideran que ello tiene fundamentos constitucionales<sup>26</sup>.

Por ende, de ninguna manera el contrato debe transformarse en herramienta para que solo una sola de las partes haga su negocio.

La anomalía del contrato fundamentalmente dirigido a beneficiar a una de las partes se da

---

<sup>18</sup> Por ejemplo: Pérez Benítez, Jacinto J., “Cláusulas abusivas, vencimiento anticipado e incertidumbre judicial”, <https://elderecho.com/clausulas-abusivas-vencimiento-anticipado-e-incertidumbre-judicial>.

<sup>19</sup> Por ejemplo: Fissore, Diego M., “La corrección del contrato desequilibrado en el “*Common Law*””, RDPC año 2007, “Desequilibrio contractual”, pág. 315.

<sup>20</sup> Paolasso, Raúl J., “Crisis de la teoría clásica contractual: Una vuelta a la teoría del contrato y a la equivalencia de las prestaciones”, rev. Anuario de Derecho Civil (Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba), vol. 2, año 1994, pág. 110.

<sup>21</sup> Vázquez Pérez, Arsul J., “El *cur debetur*: ¿Elemento esencial del contrato?”, rev. Opinión Jurídica, vol. 7, nº 14, pág. 115.

<sup>22</sup> CNCom, Sala “B”, 30/05/2011, “Araujo, Susana y otro c. Bank Boston N.A.”, MJJ66990.

<sup>23</sup> Chamie, J. Félix, “El principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual”, rev. Derecho Privado, nº 22, Bogotá, enero-junio/2012.

<sup>24</sup> Arechederra Aranzadi, Luis I., “La equivalencia de las prestaciones en el Derecho Contractual”, ed. Montecorvo, pág. 69; Puig Peña, Federico, “Tratado de Derecho Civil español”, ed. Revista de Derecho Privado, tº IV, vol. 1, “Teoría general de la obligación”, pág. 26.

En Argentina, entre otros: Ghersi, Carlos A., en “Manual de Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo”, 4ª ed., ed. La Ley; Ghersi, Carlos A. y Weingarten, Celia (directores), 2ª ed., ed. La Ley, pág. 218.

<sup>25</sup> Esto del “desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes” que, como veremos, ahora está en el Código Civil y Comercial, proviene de la Directiva CEE 93/13 (art. 3º ap. 1), precepto que influyó en casi todas las normativas nacionales europeas (Stiglitz, Rubén S., “El contrato por adhesión a condiciones generales predispuestas en el proyecto de 1998”, MJD1106).

La aplicación más novedosa del concepto de “desequilibrio significativo de derechos y obligaciones” aparece en el nuevo art. 1171 del Código Civil francés reformado por la Ordenanza nº 2016-131 referido a los contratos por adhesión. La norma remeda al art. L.442-6.I.2º del Código de Comercio de ese país.

<sup>26</sup> Carbone, Carlos A., “Nuevos principios: protección de la confianza e igualdad de armas, y su posible perturbación por las leyes de emergencia económica”, E.D. 198-981.

con inusitada frecuencia cuando el contratante poderoso emplea su fuerza para conseguir una o más ventajas que, de otro modo, no obtendría<sup>27</sup>; ventajas que tienen como correlato las injustas pérdidas (de dinero, de tiempo o de esfuerzo) que se le ocasionan a la otra parte, débil<sup>28</sup>.

Decimos que esas ventajas son injustas porque tales pérdidas no tienen como correlato un beneficio (o una oportunidad de beneficio) que las justifique<sup>29</sup>.

Poco importa si ello se hace con la intención de restringir la competencia o provocar un daño a la contraparte o a terceros, pues basta que dichos excesos existan, para que sean catalogados como ilegales<sup>30</sup>. En suma, no hace falta demostrar que medió una conducta dolosa, ya que estamos ante conceptos objetivos<sup>31</sup>.

Tampoco se requiere que se dé una situación de monopolio u oligopolio; alcanza con que, por la naturaleza de las relaciones y circunstancias en las que se cumplen las prestaciones, se genere la cautividad o vulnerabilidad del damnificado<sup>32</sup>.

Ello se ha visto con claridad en la disciplina antimonopólica alemana (*la Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GBW) de 1999 y su reforma del año 2005) que extendió la normativa prevista para el **abuso de la posición dominante** a las hipótesis de **dominación relativa**, caracterizadas por la existencia de un significativo desequilibrio en los contratos entre empresarios<sup>33</sup>.

También hay protección del contratante empresario débil en el Derecho francés desde que la cuestión fue introducida en el art. 8º de la Ordenanza 1243 del 01/12/1986, norma que reformó el Derecho de la Competencia y que, a su vez, luego, fue mejorada por la ley nº 2001-420<sup>34</sup>.

Paralelamente, sobre el mismo problema, en el mundo del *Common Law*, se ha desplegado la doctrina de la *Unconscionability*, que es un instituto que permite a los jueces modificar un

---

<sup>27</sup> Chamie, J. Félix, "El principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual", cit.; Soto Coaguila, Carlos A., "La contratación contemporánea, el respeto a la autonomía privada y la protección a los contratantes débiles", en "El contrato en una economía de mercado", 2ª ed., ed. Pontificia Universidad Javeriana, nº 5, pág. 319.

<sup>28</sup> Márquez, José F., "Cláusulas abusivas contractuales y defensa de la competencia", en Tinti, Guillermo (coordinador), "El abuso en los contratos", ed. Ábaco, pág. 207.

<sup>29</sup> Roces, Valeria, "Abuso de la posición dominante en los contratos entre empresas", Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios nº 19, marzo/2018, IJ-XDII-975; Martorell, Jorge E., "La posibilidad de abuso de la posición dominante en la contratación entre empresas", E.D. 173-378, Ordoqui Castilla, Gustavo, "Cláusulas abusivas con un adherente empresario", Revista Iberoamericana de Derecho Privado, nº 2, noviembre/2015, IJ-LXXX-907.

<sup>30</sup> Caparrós, Mariela del C., "Argentina: lo más importante de la nueva Ley de Defensa de la Competencia", <https://lexlatin.com/opinion/argentina-lo-mas-importante-de-la-nueva-ley-de-defensa-de-la-competencia>.

<sup>31</sup> Reyes Oribe, Aníbal M. e Iraola, Francisco J., "Defensa de la Competencia: síntesis del sistema argentino actual y proyectos de reforma", Revista del Derecho Industrial, nº 43, pág. 10.

<sup>32</sup> Muñoz, Ricardo A. (h), "Implicancias del Código Civil y Comercial en el Derecho Público (Constitucional y Administrativo). Segunda parte", MJD9909.

<sup>33</sup> Pérez Fernández, Patricia, "Reforma de la Ley alemana de Defensa de la Competencia (*Gesetz Gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Gwb*)", Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, nº 11, año 2012, pág. 217.

<sup>34</sup> Que reformó el art. L 420-2 del Cód. de Comercio, sobre las "Prácticas contrarias a la libre competencia". Sobre el particular: Saint-Esteben, Robert, "Las autoridades nacionales de Defensa de la Competencia y las jurisdicciones nacionales: principales actores en la aplicación del Derecho europeo de la competencia. El caso de Francia", rev. Ekonomiaz, nº 61, año 2006, pág. 185.

contrato injusto<sup>35</sup>.

Tales remedios encuentran similitudes con los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y con los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, en particular a partir del concepto de *Gross disparity* contenido en su art. 3.2.7, precepto que también habilita al juez a modificar el contrato inicuo o alguna de sus cláusulas para ajustarlo a los criterios de lealtad negocial<sup>36</sup>.

El **abuso de la posición dominante**, entre particulares, se expresa en **cláusulas o prácticas abusivas**<sup>37</sup>, sobre todo cuando las víctimas son pymes<sup>38</sup>.

Cuando tales actitudes ilegítimas se dan a través del mismo contrato hablamos de **cláusulas abusivas**; pero cuando se manifiestan por medio de otros comportamientos del contratante poderoso estamos ante lo que se ha dado en llamar las **prácticas abusivas**<sup>39</sup>.

Las **prácticas abusivas** pueden consistir en la utilización de las **cláusulas abusivas**, pero no es indispensable que así ocurra. Se pueden dar a partir de cláusulas que *ab initio* no pueden ser tildadas de abusivas, o, incluso, ejerciendo derechos consagrados legislativamente<sup>40</sup>.

Las **prácticas abusivas** también pueden comprometer al Derecho de la Competencia<sup>41</sup>.

Merced a la sana visión del problema que la Comunidad Europea tiene en estos días sabemos que el **abuso de la posición dominante** no opera únicamente en momentos críticos de la relación contractual. La mera existencia de estipulaciones que consagran atribuciones exorbitantes condiciona fuertemente la posición de la parte subordinada desde el nacimiento hasta el final del contrato, aunque el empresario dominante no las ponga en práctica<sup>42</sup>.

Por eso las **cláusulas abusivas** tienen trascendencia *per se*<sup>43</sup>. Hasta la estipulación que fija la competencia en caso de conflicto puede provocar consecuencias perjudiciales para el

---

<sup>35</sup> Rodríguez Yong, Camilo A., *"The doctrines of unconscionability and abusive clauses: a common point between Civil and Common Law legal traditions"*, rev. Oxford U Comparative L Forum, año 2011, <http://ouclf.iuscomp.org/articles/rodriguezong.shtml>.

<sup>36</sup> Ginés Castellet, Núria, "La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho Contractual", rev. InDret 4/2016, [http://www.indret.com/pdf/1264\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/1264_es.pdf).

<sup>37</sup> Nuestro Código Civil y Comercial, en este punto, sigue la orientación de una de las más importantes iniciativas europea-comunitarias: el Marco Común de Referencia del Derecho Privado Europeo (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference of European Private Law*).

<sup>38</sup> Weingarten, Celia, "Empresa, mercado y consumidores. Prácticas empresariales abusivas", rev. de Derecho Privado UCES, <http://dspace.uces.edu.ar>.

<sup>39</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Prácticas abusivas en los contratos de consumo", L.L. Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, "Contratos", febrero/2015, pág. 237.

<sup>40</sup> Rubín, Miguel E., "Cláusulas y prácticas abusivas en los contratos de comercialización antes y después de sancionado el Código Civil y Comercial", MJD7331.

<sup>41</sup> Berenguer Fuster, Luis, "Otras formas de abuso de posición dominante (con especial mención al abuso de situación de dependencia económica)", en Martínez, Santiago y Petitbò Juan, Amadeo (directores), "El abuso de la posición de dominio", ed. Marcial Pons, pág. 415; Napoletano, Guido, *"Diritto della concorrenza"*, ed. Lithos, pág. 5.

<sup>42</sup> Arias Cáu, Esteban J., "Reflexiones sobre el método en materia de contratos, con especial referencia al Código Civil y Comercial. Segunda parte", MJD7224.

<sup>43</sup> Ello explica que en el ámbito europeo actual se da por descontado que las normas de defensa del consumidor se deben aplicar a los empresarios subordinados (Albiez Dohrmann, Klaus J., "La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea", ed. Civitas S.A., pág. 504; Chamorro Domínguez, M<sup>a</sup> de la Concepción, "Control de las condiciones generales de contratación en los contratos celebrados entre empresarios: retrospectiva, perspectiva comparada y prospectiva de futuro", en "La reforma de los contratos de distribución comercial", ed. La Ley, pág. 251).

empresario dependiente<sup>44</sup>.

En el centro del conflicto jurídico que generan las cláusulas y prácticas abusivas están las nociones de **equilibrio** y **desequilibrio**<sup>45</sup>.

Esta cuestión ha sido ampliamente analizada en el Derecho Comparado, en particular en la Comunidad Europea, cuyas conclusiones nos resultan de gran valor dada la similitud que guardan nuestros arts. 988 y 989 CCyC con la normativa comunitaria y, en particular, con las secciones 307 a 310 del BGB alemán<sup>46</sup>, ordenamiento este último considerado pionero en la materia<sup>47</sup>.

El art. 3 inc. 1º de la Directiva 93/13/CEE sobre Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores invalida a las cláusulas contractuales que “...causan en detrimento del consumidor un **desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato**”<sup>48</sup>.

Es decir, la preceptiva cumple una función ordenadora que procura salvaguardar una hipotética situación normal de los intereses de las partes<sup>49</sup>.

Los países de la Comunidad han dictado sus propias leyes nacionales en la misma orientación. Tal el caso de Francia que adoptó dicha Directiva por medio de la ley 95-96, aunque, anteriormente, la ley 78-23 también reprimía las expresiones del abuso de poder económico a través de cláusulas que ocasionan ventajas excesivas<sup>50</sup>.

Y en Italia las normas comunitarias sobre cláusulas abusivas fueron incorporadas al Código Civil en el capítulo XIV-bis (*Dei contratti del Consumatore*) a través de la ley nº 52 del 06/02/1996<sup>51</sup>. Siguiendo la tendencia alemana (en especial el §310 BGB) el régimen italiano

---

<sup>44</sup> Feldstein de Cárdenas, Sara L., “La jurisdicción internacional en los contratos de consumo celebrados a través de Internet. A propósito de un nuevo caso de la jurisprudencia francesa: “Frédéric X. v. Facebook Inc.”, elDial.com-DC1EE3, 24/04/2015.

<sup>45</sup> Stiglitz, Rubén S., “El desequilibrio contractual. Una visión comparatista”, rev. RIS, Bogotá (Colombia), 37(21): 13-27, julio-diciembre/2012, <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/11463/9996>.

<sup>46</sup> Krieger, Walter F., “Sobre cláusulas abusivas en el nuevo Código Civil y Comercial. Su aplicación a los contratos paritarios y de consumo”, L.L., Supl. Actualidad, 23/06/2015, pág. 2.

<sup>47</sup> García Amigo, Manuel, “Ley alemana occidental sobre condiciones generales de la contratación”, rev. de Derecho Privado, año 1978, pág. 386.

<sup>48</sup> Este importante plexo normativo se ha visto complementado por muchas otras disposiciones y recomendaciones. Es así como el 11/10/2011 la Comisión Europea publicó una Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea (instrumento opcional).

Dicha Propuesta está enfocada a posibilitar que los comerciantes cuenten con un conjunto común de normas y utilicen las mismas cláusulas contractuales en todas sus transacciones transfronterizas. También tiene un régimen de cláusulas abusivas (Blanco García, Ana I., “Los 20 años de regulación de las cláusulas abusivas”, rev. Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho, nº 16, julio/2013, <http://www.scielo.org.bo/>).

<sup>49</sup> Ebers, Martin, “El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional”, rev. para el análisis del Derecho, InDret, enero/2012, [www.indret.com](http://www.indret.com).

<sup>50</sup> Chabas, François, “El régimen de cláusulas abusivas en derecho francés”, rev. de Derecho Comparado, nº 2, pág. 107; Acosta-Rodríguez, Joaquín y Jiménez-Valderrama, Fernando, “Elementos de derecho europeo para la caracterización de las cláusulas abusivas en la contratación”, rev. Dikaion, vol. 24, nº 1, enero-junio/2015, <http://dx.doi.org/10.5294/DIKA.2015.24.1.2>.

<sup>51</sup> Es así como el art. 1469-bis establece: “**Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore.** Nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista, che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi, si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. In relazione al contratto di cui al primo comma, il consumatore è la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta. Il professionista è la persona fisica o giuridica, pubblica

se extiende a las condiciones general de los contratos celebrados entre empresas<sup>52</sup>.

Es interesante apreciar la evolución del *Common Law* a raíz de la incorporación de dichos principios del Derecho Comunitario a su régimen jurídico<sup>53</sup>.

Hasta no hace mucho lo pactado por las partes era invulnerable y los jueces únicamente podían ocuparse de que se cumpla lo prometido o, en su caso, decretar la nulidad y, en consecuencia, dejar sin efecto el contrato.

Ese *status quo* cambió radicalmente cuando en Inglaterra, en 1994, es decir, en tiempos en los cuales adhería al sistema comunitario, para acondicionar su sistema interno a la Directiva Europea, se dictó el *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*<sup>54</sup>, lo que importó redefinir la regla de la *good faith*<sup>55</sup>.

Aunque en ese país no existe la doctrina del **abuso del derecho**, se entiende que una cláusula es inicua cuando es «*contrary to the requirements of good faith, cause a significant imbalance in the parties rights and obligations under the contract to the detriment of the consumer*»<sup>56</sup>.

De ese modo, por imitación al Derecho Continental, los jueces del *Common Law* se han acostumbrado a invalidar las **cláusulas abusivas**<sup>57</sup>, práctica que se viene extendiendo constantemente a nuevas hipótesis<sup>58</sup>.

Para entender cómo funcionan esos principios en la práctica nada mejor que explorar sumariamente la Jurisprudencia comunitaria europea:

- A efectos de valorar si una cláusula es abusiva el juez no sólo debe analizarla aisladamente, sino que ha de tener en cuenta todas las estipulaciones del contrato, así como las normas supletorias del Derecho nacional<sup>59</sup>.

---

*o privata, che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, utilizza il contratto di cui al primo comma*”.

Véase: Graziuso, Emilio, “*La tutela del consumatore contro le clausole abusive*”, ed. Gruffrè, pág. 287.

<sup>52</sup> Mezzasoma, Lorenzo, ““Las cláusulas abusivas y la consolidación del remedio de la nulidad de protección en el ordenamiento jurídico italiano”, rev. Universitas, nº 128, Bogotá, enero-junio/2014, doi:10.11144/Javeriana.VJ128.cacr.

<sup>53</sup> Facco, Javier H., “*Good faith* en el ejercicio de poderes contractuales discrecionales (¿Un punto de contacto entre *Common Law* y *Civil Law*?)”, rev. Derecho Privado (Bogotá), nº 22, enero-junio/2012.

<sup>54</sup> Silva-Ruiz, Pedro F., “Derecho inglés y Derecho de Contratos”, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/derecho-ingles-y-derecho-de-contratos>.

<sup>55</sup> Fissore, Diego M., “La corrección del contrato desequilibrado en el “*Common Law*””, cit.

<sup>56</sup> Gual Acosta, J. Manuel, “El control sobre las cláusulas abusivas. Un régimen en evolución”, rev. Iusta, nº 30, enero-junio/2009, pág. 15.

<sup>57</sup> Gual Acosta, José M., “El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución”, cit.

<sup>58</sup> Morales Ortiz, M<sup>a</sup> Elisa, “La reforma del derecho inglés en materia de cláusulas abusivas”, Revista Chilena de Derecho Privado, nº 28, año 2017, <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-80722017000100281>.

<sup>59</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia CE, Sala 5<sup>a</sup>, 01/04/2004, caso C-237/02, [http://curia.europa.eu/juris/document/document\\_print.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5e706a013c2e24a8ab63dc68309d27cf8.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbN10?doclang=ES&text=&pageIndex=0&docid=49062&cid=373006#Footnote1](http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5e706a013c2e24a8ab63dc68309d27cf8.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbN10?doclang=ES&text=&pageIndex=0&docid=49062&cid=373006#Footnote1).



- Igualmente está obligado a comprobar "si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual"<sup>60</sup>.
- A la parte poderosa le cabe demostrar que la cláusula en discusión ha sido materia de negociación entre las partes y no una imposición suya<sup>61</sup>; y, sobre todo, que concedía un beneficio proporcional al que recibía del co-contratante<sup>62</sup>.
- Lo abusivo de la cláusula no se altera por el mero hecho de consignar en el contrato que la prebenda que se le concede a una de las partes se ha tomado en cuenta para calcular el precio<sup>63</sup>, lo que supondría que la parte débil estaría recibiendo una supuesta contrapartida por tolerarla, cuando ello, en los hechos, es ilusorio<sup>64</sup>.
- El tribunal, cuando está en presencia de las patologías que el Derecho pretende neutralizar, debe restaurar la situación de equilibrio entre las partes<sup>65</sup>.

### 3. Trascendencia de esta temática respecto de los contratos relacionales.

Las cláusulas y prácticas abusivas tienen especial trascendencia en los **contratos relacionales**<sup>66</sup> (o *relational contracts*<sup>67</sup>) que consisten en operaciones caracterizadas por su incompletitud y vocación de larga duración<sup>68</sup>.

<sup>60</sup> Centeno Huerta, Sonsoles, "El control de las cláusulas abusivas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el juez nacional como máximo garante", <http://www.elderecho.com/observatorio/comunidadespropietarios>.

<sup>61</sup> Así fue resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 16/01/2014 en el caso "Constructora Principado v. José Ignacio Menéndez Álvarez" (C-226-12), decisión que ha tenido gran repercusión en España donde los Bancos habían extendido la práctica de hacer que los clientes escriban a mano y en bolígrafo, y la firmen, la controvertida "cláusula suelo" (González Granada, Javier, "La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cláusula suelo: la sentencia de 25 de febrero de 2015", rev. Taller de derechos, <http://tallerdederechos.com/>).

<sup>62</sup> Pazos Castro, Ricardo, "El control de las cláusulas abusivas y la autonomía de la voluntad del consumidor ante el juez (comentario a la STJUE de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y De Man Garabito)", Boletín del Ministerio de Justicia de España, año LXVIII, nº 2162, enero/2014, [www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj).

<sup>63</sup> Vale destacar que el art. 1118 CCyC considera ineficaz a la cláusula abusiva aun cuando medie ratificación expresa por parte del consumidor (Bagalá, Pablo, "Apuntes sobre el derecho de consumo en el Código Civil y Comercial argentino. Repaso de las cláusulas abusivas", 02/07/2015, [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar), Id Infojus: DACF150368).

<sup>64</sup> Barral Viñals, Inmaculada, "Cláusulas abusivas por desequilibrio importante, pero no importa la cantidad", 13/03/2014, [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco).

<sup>65</sup> Tribunal de Justicia (CE), Sala 1ª, 15/03/2012, nº C-453/2010, apartados 33 y 36, <http://revistalatoga.es/jurisprudencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-sobre-clausulas-abusivas>; Farina, Marco, "Integración del contrato "incompleto" en el ordenamiento italiano", Revista de Derecho Privado, nº 29, julio-diciembre/2015, pág. 113.

<sup>66</sup> Bien se ha dicho que es muy difícil encontrar una definición con validez para todas las alternativas de esta clase de contratos (Momberg Uribe, Rodrigo y Pino Emhart, Alberto, "Los contratos de larga duración en la edición 2016 de los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales", Revista Chilena de Derecho Privado, nº 30, julio/2018, pág. 163).

<sup>67</sup> Mouzas, Stefanos y Blois, Keith, "*Relational Contract Theory: Confirmations and Contradictions*", [http://www.research.lancs.ac.uk/portal/en/publications/relational-contract-theory-confirmations-and-contradictions\(e85a5901-bddf-4a1c-a7aa-0dd3669d3811\)/export.html](http://www.research.lancs.ac.uk/portal/en/publications/relational-contract-theory-confirmations-and-contradictions(e85a5901-bddf-4a1c-a7aa-0dd3669d3811)/export.html)

<sup>68</sup> Ambrozini, Luciana C. S. y Martinelli, Dante P., "Contratos formales y relacionales entre organizaciones: proposición de un modelo para el análisis de las características transaccionales y las estructuras de gobernanza a partir de casos comparativos", Revista de Administração (San Pablo), año 2017, vol. 52, nº 4, pág. 374.

Los **contratos relacionales** no se cumplen con el mero intercambio instantáneo de bienes o servicios<sup>69</sup>, sino que se celebran para que un sinnúmero de operaciones se lleven a cabo en el marco de una relación que se espera que dure tanto como sea posible<sup>70</sup>.

Esa característica de los **contratos relacionales** hace que, al momento de concertarlos, como no se sabe cuáles serán las circunstancias, internas y externas, que moldearán al negocio común, se deban incluir mecanismos y estructuras que permitan regular la relación en el futuro<sup>71</sup>.

En tales condiciones es usual que, al firmarse el contrato, o en un momento ulterior, la parte poderosa imponga a la parte débil condiciones predatorias; es decir, que sólo son ventajosos para ella, y, por ende, muy gravosas para la otra<sup>72</sup>. Caso típico: el precio desequilibrado, también denominado **precio desleal o abusivo**<sup>73</sup>, extremo que, como veremos, también es de interés para este estudio.

#### **4. Volviendo al Derecho argentino.**

Acabamos de ver cómo funciona el **abuso de la posición dominante** en el Derecho Comparado. Es hora, entonces, de retomar el estudio del mismo instituto en el Derecho argentino.

Anticipé que el art. 5 LDC especifica qué debe entenderse por **posición dominante en el mercado**. Empero, ni la Ley de Defensa de la Competencia<sup>74</sup> ni el Código Civil y Comercial definen en qué consiste el **abuso de la posición dominante en el mercado**<sup>75</sup>. Ha sido obra de la Doctrina y de la Jurisprudencia (tanto judicial como administrativa) delinear dicho concepto<sup>76</sup>.

Ya antes de la reforma de la ley 27442 la Jurisprudencia tuvo ocasión de sancionar el aprovechamiento ilegítimo de la posición dominante en el mercado<sup>77</sup>, considerando ilegal

---

<sup>69</sup> Como ocurre, por ejemplo, con la compraventa clásica.

<sup>70</sup> Martínez Ochoa, Santiago, "Teoría relacional de los contratos: una visión alternativa del derecho de contratos", Revista de Derecho Privado, nº 35, diciembre/2005, pág. 203.

<sup>71</sup> Castiglioni, Rita, "El abuso del poder negocial entre empresas", cit.

<sup>72</sup> La cuestión fue abordada por el Proyecto de Lineamientos para el Análisis de Casos de Abuso de Posición Dominante (versión preliminar de septiembre de 2018) dictado por esta Autoridad de Aplicación (punto V.1. **Precios abusivos**).

<sup>73</sup> Es decir, superiores a aquellos que existirían si en el mercado hubiera una competencia razonable (Cabanellas de las Cuevas (h), Guillermo, "Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia", cit., pág. 676; Martínez Medrano, Gabriel A. y Soucasse, Gabriela, "El abuso de posición dominante en la ley de Defensa de la Competencia", J.A. 2002-III-877).

<sup>74</sup> Esto ya ocurría, tanto con ley 22262 como con la ley 25156.

<sup>75</sup> Técnica que replica a la ya mencionada norma del art. 82 (**abuso de posición dominante**) del Tratado de Roma de 1957 y al Protocolo de la Defensa de la Competencia para el MERCOSUR, aprobado en Fortaleza, el 17/12/1996 (decisión CMC. 18/1996) (Lambert, Ariel D., "El abuso de posición dominante en la Defensa de la Competencia", cit.).

<sup>76</sup> Es importante aclarar que, aunque la Ley de Defensa de la Competencia y el Código Civil y Comercial traten el mismo fenómeno, cumplen funciones diversas. La Ley de Defensa de la Competencia se ocupa de la represión de los ilícitos típicos de esta materia, en tanto que el Código Civil y Comercial regula la invalidez de las cláusulas y prácticas abusivas y su corrección por el Tribunal.

<sup>77</sup> Prototípico en materia de Defensa de la Competencia: CSJN, 02/07/2002, "Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s/Ley 22.262-Comisión Nacional de Defensa de la Competencia-Secretaría de Comercio e Industria", MJJ94133, L.L. del 16/07/2002, pág. 3.

En el ámbito mercantil el *leading case*: CNCom, Sala "B", 24/09/1998, "Campanario S.A.C.I. c. Plan Ovalo S.A. de Ahorro para Fines Determinados", L.L. 2000-D, pág. 606, con comentario de Zavala Rodríguez, Carlos J. y Zavala Rodríguez, Facundo M., "Un fallo ejemplificador "Campanario"".

que el contrato procure un beneficio injusto a favor de una de las partes; beneficio que, sin ese abuso, no obtendría<sup>78</sup>.

Ahora, el nuevo art. 1º LDC prohíbe, entre otros, los actos o conductas que de cualquier forma “constituyan **abuso de una posición dominante** en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”<sup>79</sup>.

De su lado el art. 2º LDC considera que “constituyen prácticas absolutamente restrictivas de la competencia y se presume que producen perjuicio al interés económico general”, entre otros, los acuerdos entre dos o más competidores tendientes a “concertar en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado” (ap. “a”), acuerdos que el precepto declara “...nulos de pleno derecho”.

Nótese que el **abuso de la posición dominante** tal como está regulada por los arts. 1º siguientes y concordantes LDC, al seguir la orientación del art. 102 del TFUE, no prevé ninguna exención<sup>80</sup>.

El **abuso de la posición dominante**, entre particulares, como vimos, transita por otros carriles<sup>81</sup>.

En nuestro Derecho Privado el **abuso del derecho** obtuvo su partida de nacimiento con la reforma que introdujo la ley 17711 al art. 1071 CCiv<sup>82</sup>.

En cambio la doctrina del **abuso de la posición dominante** llegó a nuestras tierras bastante más tarde. Si bien era conocida entre nosotros por las referencias que recibimos del Derecho Comparado, sus lineamientos fueron reelaborados por la Doctrina nacional<sup>83</sup>. De ese modo desembocó en diversas decisiones jurisprudenciales, incluso antes de que tuviera consagración normativa en la ley de Defensa de la Competencia. Bastante después encontró cauce en el Código Civil y Comercial<sup>84</sup>.

Hace bastantes años que la Jurisprudencia se las ingeniaba para remediar las desmesuras que generaba el aprovechamiento ilegítimo del desequilibrio económico o financiero entre las partes recurriendo a la noción de **orden público** (art. 14 inc. 2º CCiv), a las normas sobre **abuso del derecho** (art. 1071 CCiv) **lesión** (art. 954 CCiv) y otras más genéricas como las relativas a la **buena fe** (art. 1198 CCiv)<sup>85</sup>.

---

<sup>78</sup> Racciatti, Hernán (h), Romera, Oscar E. y Romano, Alberto A., “La ley de Defensa de la Competencia y su eventual marco de operatividad”, J.A. 1993-IV-830.

<sup>79</sup> El precepto es sustancialmente similar al de otros ordenamientos latinoamericanos, como el de Perú (Flint Blanck, Pinkas, “Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia”, ed. Fondo Editorial PUCP, pág. 455).

<sup>80</sup> Allende Salazar Corcho, Rafael, “El abuso y sus efectos. Modernización del artículo 82 TCE: Revisión o Reforma”, en Martínez Lage, Santiago y Petitbó, Juan (directores), “Abuso de la posición de dominio”, ed. Marcial Pons, pág. 183.

<sup>81</sup> Acosta, Miguel Á., “Abuso de posición dominante en el Código Civil y Comercial”, Revista Código Civil y Comercial, nº 02, 03/17, pág. 79.

<sup>82</sup> Casadío Martínez, Claudio A., “El abuso de derecho y su inclusión en el proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, MJD6175.

<sup>83</sup> Tobías, José W. y Goldemberg, Isidoro, “Abuso de la posición dominante”, L.L. 2005-D, pág. 1004.

<sup>84</sup> Tambussi, Carlos E., “Defensa de la competencia en la Argentina: aspectos constitucionales y vinculación con el derecho de usuarios y consumidores”, rev. LEX, nº 14, año XI, tº 2014-II, pág. 101.

<sup>85</sup> Farina, Juan M., “Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24240 con las reformas de la ley 26361”, ed. Astrea, pág. 2; Junyent Bas, Francisco y Garzino, Mª Constanza, “La categoría jurídica de consumidor, en especial con relación a las personas jurídicas”, rev. Derecho Comercial, del

Las cosas fueron cambiando positivamente cuando los tribunales judiciales comenzaron a aplicar las reglas protectoras como la ley de Defensa del Consumidor, la ley de Defensa de la Competencia y otras, como la de Tarjetas de Crédito.

Pero evidentemente nuestro ordenamiento jurídico terminó de consolidar los comentados principios del Derecho Comparado y de las mencionadas leyes especiales cuando entró a regir el Código Civil y Comercial, normativa que comparte valores con aquellas<sup>86</sup>.

Del juego de los arts. 10 y 11 CCyC podemos inferir que el **abuso de la posición dominante** es una variante del **abuso del derecho**<sup>87</sup>. Esas normas, junto a otras del mismo ordenamiento<sup>88</sup>, permiten recomponer la equidad en las relaciones contractuales, pues no sólo habilitan al juez para que, cuando se registran desequilibrios ilegítimos entre las partes, invalide las estipulaciones o actitudes abusivas, sino que, también, lo manda a modificar los contratos que incurren en esa falta<sup>89</sup>.

Ello es válido tanto en la órbita del consumo como en las relaciones inter-empresarias, criterio que ya compartía la Jurisprudencia<sup>90</sup>.

Al poner a resguardo a las empresas dominadas el sistema procura evitar que las distorsiones de la ecuación contractual se trasladen -en efecto cascada- hacia los estamentos del contrato con el consumidor<sup>91</sup>.

Téngase en cuenta que, desterrando cualquier posible duda, el art. 1096 CCyC prescribe que “Las normas de esta Sección<sup>92</sup> y de la Sección 2ª del presente Capítulo son **aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales**, determinables o no, sean consumidores o **sujetos equiparados** conforme a lo dispuesto en el artículo 1092”. Y el art. 1092 CCyC, como parte de una transformación que llevó décadas<sup>93</sup>, estatuye que las personas

---

Consumidor y de la Empresa, año II, n° 5, octubre/2011, pág. 73; Moeremans, Daniel E., “La sociedad comercial como sujeto protegido por la ley de defensa de los consumidores (24240)”, LLNOA, año 2005, pág. 541; ídem, D.J. 2005-1, pág. 1105.

<sup>86</sup> Elías, Jorge A., “Breves reflexiones sobre el abuso del derecho en el Código Civil y Comercial de la Nación”, MJD12280.

<sup>87</sup> Limodio, J. Pablo, “La aparición de los principios jurídicos en el nuevo Código. El caso del abuso del derecho”, E.D. 261-833.

<sup>88</sup> Entre las normas complementarias de los arts. 10 y 11 CCyC se encuentran las del Capítulo 10 (“Interpretación”, desde el art. 1061 CCyC), y las disposiciones sobre **contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas** (Ciliberto, Leonel J., “Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas y su aparición en el nuevo Código Civil y Comercial”, DJ del 31/12/2014, pág. 9).

<sup>89</sup> Elías, Jorge A., “Breves reflexiones sobre el abuso del derecho en el Código Civil y Comercial de la Nación”, MJD12280; Minetti Kern, Luciano, “El perfil del juez a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial. Nuevos desafíos y razones para dejar atrás prácticas disvaliosas. Hacia un juez constitucional”, <http://servicioss.jusrionegro.gov.ar/inicio/comunicacionjudicial/index.php/especiales/item/527-perfil>.

Esa función de los jueces frente al abuso de la posición dominante ya era propiciada por Alterini, Jorge H., “La ley y el juez ante las cláusulas abusivas en la contratación predispuesta”, E.D. 153-911; Crovi, Luis D., “La revisión del contrato por cláusulas abusivas”, ponencia presentada ante las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, del 25 al 27 de septiembre de 2003.

<sup>90</sup> CNCom, Sala “F”, 19/05/2016, “Escobar SACIFI c. Ford Argentina S.A. y otros”, Boletín de Jurisprudencia de la CNCom Ficha n° 000070607.

<sup>91</sup> Ferrer de Fernández, Esther H. S., “El contrato de distribución comercial y su interpretación en el Código Civil y Comercial”, L.L. Online: AP/DOC/737/2015.

<sup>92</sup> Es decir, la referida a las **prácticas abusivas**.

<sup>93</sup> Ya las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán) se dedicaron al tema del **consumidor empresario** propiciando que “La adopción de soluciones que provean a la tutela de otras situaciones de debilidad jurídica no alcanzadas por la categoría de consumidor”.

jurídicas pueden ser consideradas como un consumidor más<sup>94</sup>. Caso típico: las empresas subordinadas<sup>95</sup>.

Por eso hoy en día, siguiendo la orientación de la ley brasileña<sup>96</sup>, y aunque estamos algo lejos de sistemas más evolucionados como el de Chile<sup>97</sup>, podemos hablar del **consumidor/empresario**<sup>98</sup>, que es una especie dentro del género **consumidores equiparados** del art. 1092 CCyC<sup>99</sup>.

De ese modo nuestro ordenamiento jurídico viene a dar un paso más para acercarse a otras legislaciones vanguardistas de Latinoamérica<sup>100</sup> y de Europa<sup>101</sup>; orientación que propició, hace años, la buena Doctrina nacional<sup>102</sup>.

El tema es tan serio que trasciende el ámbito bilateral para transformarse en un problema social<sup>103</sup>.

---

<sup>94</sup> Antes, la ley 26361 había eliminado del art. 2 LDC el siguiente párrafo: "no tendrán el carácter de consumidores, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros". Además, la referida ley 26361 incorporó a la noción de **consumidor** a quien "de cualquier manera se halla expuesto a una relación de consumo" (Rusconi, Dante, "La noción de "consumidor" en la nueva Ley de Defensa del Consumidor", J.A. 2008-II-1225).

Vale recordar que los autores del proyecto que originó la reforma de la ley 26361, en sus fundamentos, expresaron que uno de los objetivos de normativa era la "extensión del carácter de consumidor...".

<sup>95</sup> Bacchi Argibay, Adriana, "El distribuidor como parte contractual débil", rev. Estudios Jurídicos, nº 10, año 2012, pág. 313.

<sup>96</sup> Bender, Agustín y Díaz Cisneros, Adriano P., "Los imprecisos límites de la relación de consumo", MJD10664.

<sup>97</sup> En Chile se ha dado importantes pasos en la dirección correcta. La ley de Protección a los Derechos de los Consumidores 19496 fue modificada por la ley 19955 (Sandoval López, Ricardo, "Las reformas introducidas por la ley nº 19.955 de 14 de julio de 2004 a la ley no 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores", Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, vol. I, año LXX, nº 213, enero-junio/2003, pág. 7). Pero fue con la ley 20416 (que entró en vigencia el 03/02/2010) que se incorporaron normas especiales para la micro, pequeña y mediana empresa, plexo que le permite al **consumidor-empresario** encarar acciones contra sus proveedores de bienes y servicios (Momborg Uribe, Rodrigo, "Ámbito de aplicación de la ley nº 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores", Revista de Derecho, vol. XVII, pág. 41).

<sup>98</sup> Los **consumidores-empresarios** son quienes adquieren o utilizan bienes o servicios para integrarlos, como destino final en beneficio propio, en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (Alvear Téllez, Julio, "Consumidor y empresario: ¿relaciones jurídicas conflictivas? Hacia una concepción relacional del derecho del consumidor", Revista Chilena de Derecho, vol. 43, nº 3, septiembre-diciembre/2016, pág. 813; Álvarez Larrondo, Federico N., "El empresario consumidor", L.L. del 21/08/2014, pág. 7; Rusconi, Dante D., "Concepto de 'empresario consumidor'", L.L. 2014-B, pág. 338, antes en "La noción de "consumidor" en la nueva ley de defensa del consumidor", J.A. 2008-II-1225; Oliveira, Julio M., "Consumidor-empresario. A defesa do finalismo mitigado", ed. Arraes).

<sup>99</sup> Bender, Agustín y Díaz Cisneros, Adriano P., "Los imprecisos límites de la relación de consumo", MJD10664.

<sup>100</sup> Como el Código de Consumidor de Brasil (art. 2), la ley 17250 de Uruguay (art. 2); la ley 1334 de Paraguay (art. 3); el Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú, ley 29571.

<sup>101</sup> Por ejemplo, el art. 3 de la LGDCU de España (Real Decreto Legislativo 1/2007).

<sup>102</sup> Así: Barocelli, Sergio S., "Los sujetos expuestos a una relación de consumo", DJ del 11/05/2011, pág. 1; también en: "Protección de las víctimas expuestas a una relación de consumo por el sistema de defensa del consumidor", Revista Trabajos del Centro, Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, nº 9/10, año 2011, <http://cideci.org/revista/index.php/trabajos/article/viewFile/114/157>; también en "Las víctimas de daños como sujetos expuestos a una relación de consumo", <http://www.astrea.com.ar/resources.php?what=%2Ffiles%2Farticles%2Fdoctrina0352.pdf>

<sup>103</sup> Moralejo Menéndez, Ignacio, "Régimen jurídico de los contratos de distribución (De la D. A. 1ª de la Ley del Contrato de Agencia por la que se establece el régimen jurídico de la distribución de vehículos automóviles e industriales al proyecto de Ley de contratos de distribución)", rev. Derecho de los Negocios, nº 252, año 2011, pág. 7.

El examen de este problema debe comenzar tomando en cuenta que el art. 1119 CCyC estatuye que es **abusivo** y, por lo tanto, legalmente inválido, todo aquel proceder que tenga “..por objeto o por efecto provocar un **desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes**, en perjuicio del consumidor”<sup>104</sup>.

Una vez más creo indispensable señalar que estos principios se aplican a las pequeñas y medianas empresas cuando se relacionan con las grandes corporaciones<sup>105</sup>, tesis que fue avalada por una de las integrantes de la Comisión redactora del anteproyecto que terminó convirtiéndose en el Código Civil y Comercial<sup>106</sup>.

En definitiva, si una de las partes es **débil** en relación a la otra ¿por qué razón limitar la protección de la Ley por el mero hecho de estar organizada como empresa<sup>107</sup>?

La Jurisprudencia<sup>108</sup>, sobre todo a partir del *leading case* "Artemis Construcciones S.A. c. Diyón S.A. y otro"<sup>109</sup>, también se inclinó por esa postura.

¿Qué debe entenderse por **desequilibrio** en el recinto contractual?

El Código Civil y Comercial no lo define<sup>110</sup>. Empero –como vimos– el art. 1119 CCyC alude al **desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes**<sup>111</sup>.

Tal desequilibrio, como anticipé, se exterioriza en las **cláusulas y prácticas abusivas**.

El art. 988 CCyC<sup>112</sup> determina qué debe entenderse por **cláusula abusiva**<sup>113</sup>:

- a. La que desnaturaliza las obligaciones del predisponente<sup>114</sup>.
- b. La que importa renuncia o restricción a los derechos del adherente o amplía derechos

---

<sup>104</sup> Barry, Luis D. y Cristiani, Milagros M., “Comentario al Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”, E.D. 253-485.

<sup>105</sup> Barrionuevo, Alicia C., “Las cláusulas abusivas en los contratos interempresarios y las pymes”, L.L. 2008-F, pág. 1121; Schwartz, Liliana B., “¿A quién protege la ley 24240?”, E.D. 199-910.

<sup>106</sup> Me refiero a Kemelmajer de Carlucci, quien, en relación al régimen de cláusulas abusivas, sostuvo: “Estas disposiciones son muy importantes en países como los nuestros, en los que pequeñas empresas contratan con empresas más poderosas, nacionales e internacionales; en definitiva, es poner en claro que no todas las empresas son iguales” (Kemelmajer de Carlucci, Aída R., “Contratos con consumidores en el nuevo Código Civil y Comercial argentino”, rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo, nº 26, año 2014, pág. 95).

<sup>107</sup> Crovi, Luis D., “La protección al empresario consumidor en el contrato de leasing”, J.A. 2009-III-189.

<sup>108</sup> Medina, Graciela, “Visión jurisprudencial de la ley de defensa de la competencia a seis años de su dictado”, L.L. 2006-A, pág. 1120.

<sup>109</sup> CNCom, Sala “A”, 21/11/2001, “Artemis Construcciones S.A. c. Diyón S.A. y otro”, L.L. 2001-B, pág. 838.

<sup>110</sup> Para más, emplea el vocablo desequilibrio para muchos otros institutos: en materia de matrimonio (art. 428 CCyC), sobre la responsabilidad por evicción (art. 1045 CCyC), etc.

<sup>111</sup> Esto del “desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes” ya aparecía en el Proyecto de 1998 que, a su vez, se inspiró en la ya mencionada Directiva CEE 93/13 (art. 3º ap. 1), la que influyó en casi todas las normativas nacionales europeas (Stiglitz, Rubén S., “El contrato por adhesión a condiciones generales predispuestas en el proyecto de 1998”, MJD1106).

<sup>112</sup> Norma que guarda similitud con el art. 37 LDCon (t.o. leyes 26.994 y 27077). Al respecto: Mosset Iturraspe, Jorge, “Las cláusulas abusivas en la ley 24240, art. 37, y en el Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998, art. 968”, E.D. 190-671.

<sup>113</sup> Sobre esta cuestión: Prieto Molinero, Ramiro J., “El abuso del derecho y el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, rev. Derecho Privado, Infojus, SAIJ, vol. 2012-2, pág. 209; Barry, Luis D. y Cristiani, Milagros M., “Comentario al Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”, cit.

<sup>114</sup> La fórmula de este inciso se inspiró en el mencionado art. 37 de la ley 24240.

del predisponente que resultan de normas supletorias<sup>115</sup>.

c. La que por su contenido, redacción o presentación no es razonablemente previsible<sup>116</sup>. Evidentemente la **cláusula abusiva** es el resultado del ejercicio de un poder de contratación dominante que ostenta una de las partes en detrimento de la otra, débil<sup>117</sup>.

Conexo con esa norma el art. 985 CCyC sobre **cláusulas generales predisuestas** estatuye que se deben tener por “..no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato”.

Todos esos preceptos tienen paralelismo con las *unfair contract terms* del Derecho Comparado<sup>118</sup>.

Las **prácticas abusivas** se encuentran normadas a partir del art. 1096 CCyC. Como vimos, este dispositivo legal establece que las normas sobre **prácticas abusivas** “son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o **sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092**”<sup>119</sup>.

El mismo espíritu anima a la norma del art. 1120 CCyC que, al caracterizar a la **situación jurídica abusiva**, dice que es la que se presenta cuando “el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos”.

Se ha inferido de ese texto que, aunque las facultades de una de las partes, individualmente consideradas, puedan no ser abusivas, nada obsta a que, sumadas a las que surgen de otras cláusulas del contrato, o de otros contratos vinculados, se llegue al mismo resultado ilegítimo<sup>120</sup>.

El art. 988 CCyC (en consonancia con los arts. 1117 y 1118 CCyC y con el art. 2 LDC<sup>121</sup>) determina que las **cláusulas abusivas se deben tener por no escritas**<sup>122</sup>, es decir, que no hace falta que un juez declare su invalidez<sup>123</sup>, lo que significa que la nulidad que trae

---

<sup>115</sup> En este punto la Jurisprudencia en ocasiones recurrió a la noción de **función económico-jurídica del contrato**. Así: CNCiv, Sala “C”, 02/05/2006, "Barral de Keller Sarmiento, Graciela c. Guevara, Juan A. y otros", con comentario de Traverso, Amadeo E., “La cláusula *claims made* en Seguros de R. C. a la luz de un reciente fallo”, [http://www.adeaa.org.ar/htdocs/index.php?id\\_seccion=73&id\\_pagina=3](http://www.adeaa.org.ar/htdocs/index.php?id_seccion=73&id_pagina=3).

<sup>116</sup> He aquí otra referencia a la **razonabilidad** concordante con la que se encuentra en el mencionado art. 961 CCyC.

Los criterios del art. 988 CCyC, como explica Rovira, tienen antecedente en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (art. 2º) y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos (art. 1102) (Rovira, Alfredo L., “Los contratos de distribución y concesión en la jurisprudencia y en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, RDCO 265-323, Abeledo-Perrot N°: AP/DOC/363/2014).

<sup>117</sup> Aparicio, Juan M., “Comentario y observaciones al proyecto de reforma del Código Civil (arts. 984 a 1002)”, [www.derecho.unc.edu.ar/njrj/revista...codigo-civil.../file](http://www.derecho.unc.edu.ar/njrj/revista...codigo-civil.../file)

<sup>118</sup> Ebers, Martin, “El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional”, rev. InDret, vol. 1, año 2012, <https://ssrn.com/abstract=1998703>.

<sup>119</sup> Wajntraub, Javier H., “Prácticas abusivas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/08/Pr%C3%A1cticas-abusivas-en-el-CCyC-por-Wajntraub1.pdf>.

<sup>120</sup> Sobre la aplicación de estas directivas del Código a contratos distintos de los de consumo: Arias Cáu, Esteban J., “La recepción del consumidor en el Código Civil unificado: sus consecuencias”, MJD6034.

<sup>121</sup> Que, como vimos, considera **nulas de pleno derecho** a las “prácticas absolutamente restrictivas de la competencia”.

<sup>122</sup> Esta regla se reitera en el art. 1122 inc. “b” CCyC.

<sup>123</sup> Es el principio rector en el Derecho Europeo, como resulta de infinidad de normas. Tales los casos del art. 11 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero español, y de la ley 1328 de 2009 (Echeverri Salazar, Verónica

aparejada es *ex nunc*<sup>124</sup> (hoy art. 390 CCyC).

Por lo mismo, esas cláusulas carecen de fuerza jurídica aunque el predisponente no ejerza la atribución prevista en ellas<sup>125</sup>.

Pero siendo así ¿qué sentido tiene que, en caso de conflicto, el juez se pronuncie sobre el particular? La respuesta correcta a ese interrogante viene de la mano de la función que el nuevo ordenamiento le asigna al Tribunal<sup>126</sup>, cuestión que abordaré a continuación.

## 5. ¿Qué es una pyme?

En distintos tramos de este estudio empleo el vocablo **pyme**<sup>127</sup>.

Vale detenerse un instante para aclarar qué es, para nuestra Ley, una empresa **micro, pequeña o mediana**.

El régimen legal para la Pequeña y Mediana Empresa actualmente se encuentra regulado por la ley 24467<sup>128</sup> (hoy reformada por la ley 27444).

Sin embargo, siguiendo la orientación de leyes anteriores de la materia, no perfiló a aquellos tipos de empresas. El art. 2 de ese plexo normativo encomendó a “la autoridad de aplicación definir las características de las empresas que serán consideradas micro, pequeñas y medianas empresas, pudiendo contemplar, cuando así se justificare, las especificidades propias de los distintos sectores y regiones del país y con base en alguno, algunos o todos los siguientes atributos de las mismas o sus equivalentes, personal ocupado, valor de las ventas y valor de los activos aplicados al proceso productivo, ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 83 de la presente ley”; definición que, como lo establece el mismo precepto, debe ser revisada anualmente.

Ello hizo que diversas normas reglamentarias debieran asumir el encargo del Legislador, en particular, en la actualidad<sup>129</sup>, la Resolución 340-E/2017 de la Secretaría de Emprendedores y de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Producción de la Nación y sus modificatorias, resoluciones 154/2018 y 215/2018<sup>130</sup>.

Es así como, para encuadrar en unas u otras, se computan determinados montos totales de las ventas y otros parámetros, aunque todo ello, a su vez, ha de ser considerado según el tipo o

---

M., “El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores”, rev. Opinión Jurídica, n° 20, julio-diciembre/2011).

<sup>124</sup> CNCom, Sala “F”, 13/05/2014, “Signorotto, Diana M. I. y otros c. Plaza San Martín S.A.”, MJJ90116.

<sup>125</sup> Tal invalidez legal es predicable, incluso, cuando dichas cláusulas hubieran recibido aprobación administrativa (arts. 989 y 1122 ap. “a” CCyC) (Bersten, Horacio L., “Contratos y autorizaciones administrativas”, rev. Diario Comercial, Económico y Empresarial, año 2, n° 19, <https://dpicuantico.com/sitio>).

Esas reglas son similares a las que rigen en Brasil (Frota, Mário, “*Das condições gerais dos contratos e das cláusulas abusivas*”, rev. Luso-Brasileira de Direito do Consumo, vol. 4, n° 16, año 2014, pág. 9).

<sup>126</sup> CNCom, Sala “B”, 14/03/2018, “ABC S.A. c. Karcher S.A. s/Organismos externos”, MJJ110171.

<sup>127</sup> Me ocupé de la noción de empresario **dependiente** o **dominado** en: Rubín, Miguel E., “Cláusulas y prácticas abusivas en los contratos de comercialización antes y después de sancionado el Código Civil y Comercial”, MJJ7331; y, con mayor amplitud en “Contratos de comercialización en el nuevo Código Civil y Comercial argentino y en el Derecho Comparado”, ed. Thomsom Reuters/La Ley.

<sup>128</sup> Sin embargo, desde el comienzo de la década del 70’ hubo distintas iniciativas tendientes a regularlas y, sobre todo, a protegerlas (Mac Donnell, Juan C., “Regulación de la pequeña y mediana empresa”, TySS, 1997-981).

Así, la ley 25300 introdujo el régimen del Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa.

<sup>129</sup> En el camino cumplieron la misma función, entre otras, la resolución 401 del Ministerio de Economía del 23/11/1989, cuyos lineamientos conceptuales se mantienen hoy día.

<sup>130</sup> Que son las que tipifican y regulan a las categorías “Pequeña” y “Mediana Tramo 1”.



subtipo de actividad de la empresa de que se trate.

La mentada normativa debió sofisticarse progresivamente, pues, muchas veces, para recibir los favores del Poder Público (nacional, provincial o municipal) hubo “lobos con piel de cordero” que emplearon diversos trucos para simular la condición de micro, pequeña o mediana empresa.

En ese sentido, la Resolución 340-E/2017 contiene límites para empresas controladas o controlantes o integrantes de grupos económicos nacionales o extranjeros (arts. 5, 6 y 8).

De todos modos el reconocimiento de la condición de cualquiera de esas clases de empresas por el Poder Ejecutivo Nacional no es automático. Es necesario presentar una declaración jurada y superar con éxito el trámite previsto por el art. 11 y concordantes de la Resolución.

## **6. La integración judicial del contrato como misión fundamental del tribunal en estos casos.**

Históricamente los jueces, para sentenciar un pleito en materia contractual, sólo tenían estas opciones: a) forzar el cumplimiento de lo pactado; b) disculpar la falta de cumplimiento de una de partes o de las dos; c) declarar la nulidad de una o más cláusulas o de todo el contrato, o d) mandar a indemnizar los daños.

Ninguna de esas alternativas brinda Justicia cuando una de las partes del contrato impone cláusulas abusivas a la otra, o ejerce sus atribuciones en condiciones predatorias. Ergo, si el contrato es declarado nulo, dado que la nulidad hace que las partes deban retrotraer lo hecho, la operación quedará sin efecto. Mas ese remedio, tanto para el consumidor como para el empresario subordinado, generalmente es peor que la enfermedad.

Tampoco la indemnización de los daños es verdaderamente reparadora<sup>131</sup>.

Lo único que lleva alivio a la parte débil en esos supuestos es el mantenimiento del contrato, pero reemplazando las cláusulas abusivas por condiciones equitativas (lo que contemporáneamente se llama **integración judicial del contrato**<sup>132</sup>) y asegurándose de que el contratante poderoso las cumpla<sup>133</sup>. Así se entiende en los sistemas jurídicos más avanzados<sup>134</sup>.

La integración judicial del contrato tiene especial aplicación cuando se celebra por adhesión a cláusulas predispuestas<sup>135</sup>.

---

<sup>131</sup> Minetti Kern, Luciano, “El nuevo rol de los jueces a partir del Código Civil y Comercial de la Nación. Nuevos paradigmas y desafíos. Apertura hacia un sistema de soluciones más justas”, L.L. Sup. Doctrina Judicial Procesal, julio/2016, Online: AR/DOC/1688/2016.

<sup>132</sup> Que está contemplada en los arts. 6:102 de los *Principles of European Contract Law* (PECL), puntos II-9:101 del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), puntos 4.8, 5.1.1 y 5.1.2 de los *Principles of International Commercial Contracts* (PICC) y punto 68 CESL, y que encuentran eco en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos aparecidos en este año 2018 (Madrid Martínez, Claudia, “Principios Latinoamericanos de Derecho de Los Contratos”, <https://cartasblogatorias.com/2018/04/10/principios-latinoamericanos-de-derecho-de-los-contratos/>; Momberg Uribe, Rodrigo, “La reformulación del rol del juez en los instrumentos contemporáneos de Derecho Contractual”, *Revista de Derecho* (Coquimbo), vol. 21, año 2014, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532014000200008>).

<sup>133</sup> González-Pacanoska, Isabel, “Art. 83. Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coordinador), “Comentario del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, pág. 982.

<sup>134</sup> Momberg Uribe, Rodrigo, “La reformulación del rol del juez en los instrumentos contemporáneos de Derecho Contractual”, cit.

<sup>135</sup> Boggiano, Antonio, “Contratos por adhesión a condiciones generales”, L.L. del 09/08/2017; Compiani, M<sup>a</sup> Fabiana, “El contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas”,

Por eso, mucho antes de que entrara en vigencia el Código Civil y Comercial<sup>136</sup>, sabiamente nuestra Corte Suprema federal dispuso que los jueces tienen la obligación de restablecer el equilibrio que debe reinar entre las partes del contrato<sup>137</sup>.

Por lo menos desde esa época se entiende que el juez debe evitar las alternativas que conduzcan a la ruptura de la relación comercial<sup>138</sup>. Si el problema proviene de las estipulaciones abusivas, debe reemplazarlas por otras reglas que aseguren que las prestaciones pactadas sean justas<sup>139</sup>.

En esa línea, Jurisprudencia y Doctrina concluyeron:

- Que más importante que el texto del contrato son “las finalidades que un empresario medio pretende obtener” en un negocio de esta índole<sup>140</sup>.
- Que también hay que tomar en cuenta las consecuencias que derivan del propio accionar de las partes (arts. 1197, 1198 y concs. CCiv y art. 218 CCom)<sup>141</sup>.
- Que las cláusulas contractuales deben ser consideradas **abusivas** cuando atribuyen al predisponente derechos exorbitantes<sup>142</sup> o cuando introducen restricciones

---

<http://www.nuevocodigocivil.com/el-contrato-celebrado-por-adhesion-a-clausulas-generales-predispuestas-por-maria-f-compiani/>.

<sup>136</sup> En realidad, que el juez argentino declare nula una cláusula del contrato y la reemplace por condiciones razonables es algo que se dio con naturalidad desde la década del 70', es decir, mucho antes de que se sancionen la ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial. Véase al respecto, por ejemplo: Moisset de Espanés, Luis, “Morigeración de intereses”, rev. Zeuz, n° 77, pág. 1, Id SAIJ: DASA990063; del mismo autor: “Las obligaciones de valor actualizadas y la tasa de interés”, en “Estudio de Derecho Privado, homenaje al Dr. Pedro León”, ed. Academia Nacional de Derecho, pág. 369; Padilla, Rodrigo y Ernesto Padilla, Rafael, “Sobre la facultad judicial para reducir los intereses fijados por las partes”, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/sobre-la-facultad-judicial-para-reducir-los-intereses-fijados-por-las-partes>.

Para ello se recurría a normas como las de los arts. 656 y 953 CCiv, y a distintas teorías como la de la **lesión**, la del **abuso del derecho** y la de la **excesiva onerosidad sobrevenida** (Centanaro, Esteban y Debrabandere, Carlos M., “Contratos bancarios: impugnación de resumen de cuenta e integración judicial”, E.D. 246-510).

Ello se hizo particularmente para reducir las tasas de interés abusivas, tanto en los contratos bancarios (o vinculados al negocio financiero) como en otros ámbitos, como el de los contratos de locación (Así: CNCom, Sala “A”, 08/09/2009, “Sanfor Salud (continuadora de Seacamp) s/Inc. de revisión por Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, MJJ51807; idem, 17/02/2004, “Avan S.A. c. Banco Torquinst S.A.”, MJJ2636; idem, Sala “B”, 06/06/2017, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Burak Gil, Salomón”, MJJ104835).

Esa función morigeradora también se empleó en materia de tarjetas de crédito (CCiv y Com Mar del Plata, Sala II, 05/08/2004, “Rossi, Horacio A. c. Citibank N.A.”, EDJ12774), expensas comunes (CCiv y Com Necochea, 19/12/2017, “Consorcio de Propietarios Edif. Prince c. Di Meglio Aniello, Angel y otros”, MJJ109751), y cláusula penal (CNCom, Sala “A”, 20/11/2003, “Atelo S.A. s/Conc. Prev. s/Inc. de revisión por DGI”, EDJ6386).

Ahora, de manera contundente, el art. 771 CCyC pone en mano de los jueces la atribución de reducir los intereses injustos (Danino, Alejandro, “Obligaciones dinerarias en el nuevo Código Civil y Comercial”, MJD7374).

<sup>137</sup> Por ejemplo: CSJN, 21/09/2004, “Aquino c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, voto de los Dres. Petracchi y Zafaroni, Fallos 327-3753; L.L. 2005-A, pág. 230.

<sup>138</sup> Condomí, Alfredo M., “Código Civil y Comercial: Incidencia en materia de interpretación e integración de los contratos de consumo”, [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar), Id SAIJ: DACF150529.

<sup>139</sup> Gregorini Clusellas, Eduardo, “La interpretación integradora. La interpretación del contrato y las pautas legales”, L.L. 1998-B, pág. 1260.

Ya en el VIIIº Congreso de Derecho Civil (La Plata, 1981) se procuró determinar reglas para la integración de los contratos.

<sup>140</sup> CNCom, Sala “B”, 24/09/1998, “Campanario, P. S.A. c. Plan Ovalo S.A.”, L.L. 2000-D, pág. 606.

<sup>141</sup> Bustamante Alsina, Jorge, “Concesión de venta de automotores”, L.L. 152-155; Betti, Emilio, “Teoría general del negocio jurídico”, ed. Revista de Derecho Privado, pág. 125; Fontanarrosa, Rodolfo, “Derecho Comercial argentino”, ed. Zavalia, tº II, pág. 153; Colmo, Alfredo, “La justicia”, ed. Talleres Gráficos Argentinos L. J. Rosso, pág. 81.

<sup>142</sup> CNCom, Sala “B”, 24/09/1998, “Campanario, P. S.A. c. Plan Ovalo S.A.”, L.L. 2000-D, pág. 606.

injustificadas en los derechos del adherente<sup>143</sup> o cuando producen una inequitativa traslación de riesgos hacia este último<sup>144</sup>.

- Que, por lo tanto, correspondía restablecer el equilibrio entre las partes, y proteger a la más débil<sup>145</sup>, corrigiendo los términos del contrato<sup>146</sup>.
- Que, a partir de lo dispuesto por los arts. 953, 1071 y 1198 CCiv y art. 218 inc. 3° CCom, debía aplicarse el principio *contra proferentem*<sup>147</sup>.

Esa postura de la Jurisprudencia y de la Doctrina encontró el firme respaldo del Legislador cuando se sancionó el Código Civil y Comercial<sup>148</sup>.

Tal como vimos anteriormente, los arts. 988, 1117 y 1118 CCyC determinan que las **cláusulas abusivas se deben tener por no escritas**, expresión que equivale a la **nulidad parcial** prevista por el art. 389 CCyC<sup>149</sup>.

Además los arts. 389 y 989 CCyC obligan al juez a que, cuando declare la nulidad parcial del contrato, **“simultáneamente lo debe integrar..”**, idea que reitera el art. 1122 ap. “c” CCyC<sup>150</sup>, precepto que armoniza con el del art. 10 3° párrafo CCyC que, frente al abuso, manda al magistrado a darle prioridad a **“... ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva..”**, y con otras normas como la de excepción del art. 960 y la norma del art. 384 CCyC<sup>151</sup>.

Esa importante misión que la Ley le encarga a los jueces en esta materia debe tener por objeto respetar la finalidad que las partes<sup>152</sup> pretendieron alcanzar en un marco de legitimidad y

---

<sup>143</sup> Videla Escalada, Federico, "Contratos por adhesión", en "Estudios de Derecho Civil en homenaje a Héctor Lafaille", ed. Depalma, pág. 739; Frustagli, Sandra A., "Ineficacia de las condiciones generales de contratación y de las cláusulas abusivas (análisis de su regulación en los derechos español y argentino)", J.A. 1999-III-975; Gigrione, María G., "Limitación de la teoría del abuso del derecho en el ámbito de la autonomía de la voluntad", L.L. 1990-A, pág. 163.

<sup>144</sup> CNCom, Sala "A", 14/12/2007, "Tommasi Automotores S.A. c. Ciadea S.A. y otro", E.D. 227-104; ídem, 15/02/2008, "Rot Automotores S.A.C.I.F. c. Sevel Argentina S.A. y otro", Lexis Documento N° 35022709; Zavala Rodríguez, Carlos J., "El contrato de concesión automotriz y el abuso del derecho", L.L. 1997-A, pág. 926; Vergara, Leandro, "La obligación de seguridad: El fundamento del deber de reparar basado en el principio de la protección de la confianza", J.A. 1995-II-942.

<sup>145</sup> Irigoyen, Francisco, "Los derechos de los concesionarios automotrices", L.L. del 28/07/2009, pág. 6.

<sup>146</sup> CNCom, Sala "A", 14/12/2007, "Tommasi Automotores S.A. c. Ciadea S.A. y otro", E.D. 227-104.

<sup>147</sup> Wajtraub, Javier H., "Las condiciones generales de contratación y la cuestión de las cláusulas abusivas y ambiguas", J.A. 1999-I-893. CNCom, Sala "C", 16/11/1995, "IBM Argentina S.A. c. Editorial La Capital S.A.", L.L. 1996-E, pág. 654.

<sup>148</sup> Stiglitz, Rubén S., "Contratos civiles y comerciales. Parte general", ed. La Ley, 3ª ed., tº 1, pág. 287; Alferillo, Pascual E., "Las disposiciones generales de la obligación de saneamiento en el Código Civil y Comercial", L.L. del 25/09/2017, pág. 1.

<sup>149</sup> Ello, en tanto y en cuanto las cláusulas del contrato sean separables y la nulidad de una de ellas no afecte a las otras (mismo art. 389 CCyC).

<sup>150</sup> Stiglitz, Rubén S., "Nuevos temas incorporados a la teoría general del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación", L.L. Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. "Contratos", febrero/2015, pág. 1.

<sup>151</sup> Con criterio general el art. 384 CCyC dispone que "El acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad", y el ya mencionado art. 389 CCyC determina que "La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total. En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes".

<sup>152</sup> La idea de la **finalidad del contrato** reaparece, como fuente de interpretación, en el art. 1065 ap. "c" CCyC.

razonabilidad (arts. 964 y 989 CCyC)<sup>153</sup>.

No se me escapa que la Reforma, cuando se ocupó de las **cláusulas abusivas** y de la **función integradora de los jueces**, no introdujo el concepto de **fin del contrato**, ni el de su **frustración**. Empero, por cuanto venimos analizando, ello queda implícito en las normas de la materia<sup>154</sup>.

Además, en el art. 1090 CCyC, hay una pista interpretativa referida a este instituto. Aunque la norma apunta a aquellos supuestos en los cuales la finalidad del contrato se frustra por razones sobrevinientes ajenas al dolo o culpa de las partes<sup>155</sup>, nos resulta útil para detectar qué entiende el Legislador sobre el particular (art. 2 CCyC).

Como adelanté, el **fin del contrato** está dado por lo que las partes, explícita o implícitamente, buscan en él<sup>156</sup>. Ello es lícito en tanto no se genere un aprovechamiento abusivo de una de las partes respecto de la otra<sup>157</sup>.

Si los contratantes dejaron por escrito en el contrato cuál esa finalidad, mejor; pero, si no lo hicieron, el juez deberá conjeturar en qué consiste a partir de las demás expresiones del contrato y de la realidad circundante<sup>158</sup>.

Determinar la finalidad del contrato significa encontrar el fiel de la balanza que mide el **equilibrio** que –como vimos– el ordenamiento pretende que se respete en los contratos bilaterales<sup>159</sup>.

## 7. La función integradora en los procesos colectivos.

Esa función integradora que la Ley le asigna a los jueces, donde más servicio presta a la Justicia, es en los procesos colectivos, en cualquiera de sus variantes<sup>160</sup>.

---

<sup>153</sup> Alferillo, Pascual E., "Las disposiciones generales de la obligación de saneamiento en el Código Civil y Comercial", cit.

<sup>154</sup> Así, el art. 1068 CCyC contiene una referencia expresa al "ajuste equitativo de los intereses de las partes".

<sup>155</sup> Gastaldi, José M<sup>a</sup>, "La frustración del fin del contrato y el nuevo Código", [https://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina\\_nuevo.asp?base=50&id=7878&t=d](https://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina_nuevo.asp?base=50&id=7878&t=d)

<sup>156</sup> Freytes, Alejandro E., "Resistematización contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", L.L. del 16/02/2017, Online: AR/DOC/3187/2016.

<sup>157</sup> El reajuste equitativo del convenio es una de las alternativas que tenía previsto el Código Civil en caso de **lesión** (art. 954). Hoy está consagrado, en términos remozados, por el art. 332 CCyC.

Constituye una vía de invalidez legal para la "ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación" (Zannoni, Eduardo A., "Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos", ed. Astrea, 3<sup>a</sup> ed., pág. 324).

En las XVII<sup>as</sup> Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1999, por amplia mayoría, se concluyó que la víctima de **lesión** puede ser tanto una persona física o jurídica, incluso un comerciante (Papayannis, Diego M., "La lesión subjetiva-objetiva en el derecho argentino", rev. Lecciones y Ensayos, n<sup>o</sup> 81, año 2005, pág. 71).

La Jurisprudencia empleó esa herramienta para resolver conflictos entre empresarios (Martínez Paz, Facundo, "La lesión subjetiva: Aspectos sustanciales y procesales a la luz del actual Código Civil y Comercial. Segunda parte", MJD12330).

<sup>158</sup> Rovira, Alfredo L., "La empresa en la concepción moderna de los contratos", en Piaggi, Ana I. (directora), "Tratado de la empresa", ed. La Ley, pág. 1134; CNCom, Sala "E", 15/08/2012, "Distribuidora Internacional de Juegos S.A. c. Nec Argentina S.A.", MJJ75429, donde se invoca el precedente de la Sala "D" del mismo tribunal en "Marvag Constr. S.A. c. Asorte S.A." del 26/08/1998.

<sup>159</sup> Leiva Fernández, Luis F. P., "La frustración de la causa fin del contrato", L.L. del 24/02/2014; Freytes, Alejandro E., "La frustración del fin del contrato y el Proyecto de Código", L.L. 2013-C, pág. 951.

<sup>160</sup> Las **acciones de clase** que tienen por objeto modificar cláusulas abusivas de los contratos tienen efectos más extensos que las destinadas a la reparación de daños masivos en cuestiones de consumo.

En estas últimas el sistema legal consigue que la gran empresa que ha generado un daño (por ejemplo, un fabricante que vendió un producto defectuoso) pueda ser demandada colectivamente y que, si es condenada, pague una indemnización.

En los EEUU buena parte de los casos de esa índole concluyen por acuerdo transaccional: la empresa se obliga a pagar una cierta suma, la que generalmente incluye los gastos y honorarios de los abogados del

Pensemos en los proveedores masivos de bienes y servicios. Esas mega-empresas a diario conciertan numerosos contratos con sus clientes. Tales contratos responden a un modelo predispuesto por aquellos y les son impuestos, como única alternativa, a los consumidores<sup>161</sup>. Es frecuente que tales contratos contengan **cláusulas abusivas** o que, de algún modo, fomenten o faciliten las **prácticas abusivas**.

Si liberarse de tales procederres ilegítimos cada uno de los damnificados debiera afrontar un litigio singular contra la empresa dominante, tal litigio casi nunca llegaría al Tribunal<sup>162</sup>.

Por ello, la mejor manera de neutralizar esas cláusulas y prácticas abusivas es a través de procesos colectivos<sup>163</sup>.

Ello se nota con mayor rigor cuando nos referimos al empresario dependiente. Debe tenerse en cuenta que, durante la vida del contrato, como lo ha destacado la Jurisprudencia, por temor a las represalias (comerciales y legales), ni las cláusulas exorbitantes, ni el ejercicio abusivo de sus atribuciones por parte del principal, son resistidos o rechazados por los empresarios dominados<sup>164</sup>. Es que, aunque en los papeles estos últimos son autónomos, su libertad se encuentra limitada, pues es sabido que los reclamos pueden recibir como respuesta la ruptura del contrato<sup>165</sup>; contrato que, reitero, a pesar de todo, suele ser el único medio de subsistencia y, por ende, desean conservarlo<sup>166</sup>.

Muy bien, pero ¿se puede, en nuestro país, promover una acción colectiva y, más específicamente, una que tenga por objeto la modificiación de las cláusulas abusivas

---

legitimado colectivo. En tales supuestos, en ese punto, nace un segundo problema: qué hacer con el dinero de la indemnización hasta que sus beneficiarios decidan a cobrar (esta gestión se puede hacer vía Internet).

La administración de los fondos de las indemnizaciones muchas veces es encargada a un fiduciario, quien debe hacer lo posible por hacer llegar a conocimiento de los acreedores de las indemnizaciones qué deben hacer para percibir lo suyo (los medios de publicidad deben guardar cierta relación proporcional con los fondos administrados) e, interinamente, invertir el dinero en negocios seguros. Después de un cierto tiempo, si, como es usual, quedan fondos sin cobrar, el juez de la causa puede autorizar que se destinen a obras de caridad.

En general, cuanto más pequeña es la indemnización, más crece el desinterés de las víctimas por cobrar sus indemnizaciones.

En cambio, cuando la **acción de clase** tiene por finalidad que el juez reemplace una cláusula abusiva del contrato por otra razonable, tanto la sentencia condenatoria como el acuerdo transaccional tienen efecto inmediato y directo en favor de todos los damnificados, es decir, el objetivo del sistema se cumple íntegramente, pues no sólo el contratante dominante se ve forzado a retroceder en su posición injusta, sino que todos los damnificados recibirán efectivamente el alivio de la Ley.

<sup>161</sup> Drucaroff Aguiar, Alejandro, “Cargos abusivos por mantenimiento de Cajas de Ahorro. A propósito de una sentencia de la CSJN”, L.L. 2017-E, pág. 457.

<sup>162</sup> Buffarini, Paula, “Ámbito de la tutela colectiva”, en Oteiza, Eduardo (coordinador), “Procesos Colectivos”, ed. Rubinzal- Culzoni, pág. 59.

<sup>163</sup> En el Derecho italiano, por ejemplo: Alpa, Guido, “L’art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato”, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, nº 2, año 2010, pág. 379; De Stefano, Franco, “L’azione di classe”, rev. Giurisprudenza di Merito, nº 6, año 2010, pág. 1498; Proto Pisani, Andrea, “Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori”, rev. Foro italiano, vol. 133, nº 9, setiembre/2010, pág. 251; Toschi Vespasiani, Francesco, “Riflessioni sparse in tema di azione di classe”, rev. Studium Iuris, nº 6, año 2010, pág. 605.

<sup>164</sup> Lyon Puelma, Alberto, “Integración, interpretación y cumplimiento de contratos”, ed. Ediciones UC, pág. 41; Zavala Rodríguez, Carlos J. y Zavala Rodríguez, Facundo M., “El contrato de concesión automotriz y el abuso de derecho”, L.L. 1997-A, pág. 926.

<sup>165</sup> Rovira considera que la relación distribuidor/concesionario frente al principal/concedente debe verse “desde la perspectiva de la caracterización del contrato como discrecional o predispuesto” (Rovira, Alfredo L., “Los contratos de distribución y concesión en la jurisprudencia y en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, cit.).

<sup>166</sup> CNCom, Sala “B”, 03/09/2007, “Rainly S.A. c. Lindsay International Sales Corporation”, Lexis Documento N° 70043659.

introducidas por el empresario dominante en los contratos que les impone a sus clientes o empresarios dominados?

El art. 42 de nuestra Constitución Nacional (de aquí en más: CN) garantiza a los “consumidores y usuarios de bienes y servicios”, entre otros derechos, el de la protección de sus intereses económicos, el que comprende el de recibir “condiciones de trato equitativo y digno”, agregando que “Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos .... **a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales** .... y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios”<sup>167</sup>.

Esos principios fueron replicados por la ley de Defensa de la Competencia en sus diversas redacciones.

Por su parte el art. 43 CN habilita el amparo legal “contra cualquier forma de discriminación. Protege “a los derechos de incidencia colectiva en general”, para lo cual provee de acciones legales tanto al **afectado** directo, como, entre otros, a **las asociaciones que propendan a esos fines**<sup>168</sup>.

Como bien se ha dicho, las acciones colectivas son de tal importancia que trascienden la temática de las leyes 24240 y 26361<sup>169</sup>.

La Corte Suprema, sobre la base del art. 43 CN, y en particular a partir del caso “Halabi”<sup>170</sup>, le ha reconocido legitimación a numerosas entidades de defensa de intereses colectivos para encarar acciones de protección, incluso de carácter preventivo, entendiendo que, en la mayoría de esas hipótesis, si los reclamos debieran ser solo individuales, no podrían ser defendidos<sup>171</sup>.

Por eso se entiende que ante los excesos resultantes de la disparidad de fuerzas entre el empresario fuerte y los débiles (es decir, ante los casos de **abuso de la posición dominante** entre empresarios de distintos porte) también tiene sentido permitir que la acción colectiva de estos últimos sea ejercida por organizaciones que los represente colectivamente<sup>172</sup>.

Ello va en línea con la noción de **derechos de incidencia colectiva** que comprende los derechos individuales homogéneos<sup>173</sup>.

---

<sup>167</sup> Véase al respecto: Carnota, Walter, “El despliegue del art. 42 de la Constitución Nacional”, Revista Derecho Público, año III, n° 9, pág. 137, Id SAJ: DACF150095.

<sup>168</sup> Según la reforma de 1994.

<sup>169</sup> Espeche, Sebastián P., “Procesos colectivos en el Derecho Financiero a partir de “Halabi””, L.L. Noreste, febrero/2004.

<sup>170</sup> CSJN, 24/02/2009, “Halabi, Ernesto c. Estado Nacional-ley 25873-decreto 1563/2004 s/Amparo ley 16986”, Fallos 332:111.

<sup>171</sup> Así; CContenc. Adm. y Tributario CABA, Sala II, 13/11/2018, “PADEC c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/Otras demandas contra la autoridad administrativa”, exp. n° 19281/2006-0, comentado por Verbic, Francisco, “Condenan al Banco de la Ciudad de Buenos Aires a reintegrar la comisión por mantenimiento de cuenta de caja de ahorros desde el año 1996: Las pretensiones colectivas de nulidad y reintegro no pueden escindirse para analizar la legitimación”, <https://classactionsargentina.com/2019/02/01/condenan-al-banco-de-la-ciudad-de-buenos-aires-a-reintegrar-la-comision-por-mantenimiento-de-cuenta-de-caja-de-ahorros-desde-el-ano-1996-las-pretensiones-colectivas-de-nulidad-y-reintegro-no-pueden-e/>.

<sup>172</sup> Sola, Juan V., “Las acciones de clase en el Derecho argentino”, L.L. 2014-C, pág. 735.

<sup>173</sup> Giannini, Leandro J., “Los procesos colectivos y la tutela de derechos individuales homogéneos. Los problemas que suscita la noción de “derechos de incidencia colectiva” (a propósito del fallo de la CSN *in re*

Es importante aclarar que, en esa órbita, resulta irrelevante que los titulares de los derechos individuales lesionados tengan o no obstáculos para el acceso a la justicia, pues basta con que la restricción de los derechos individuales tenga un origen común o unidad de causa para que las asociaciones del art. 43 CN<sup>174</sup> se encuentren legitimadas para accionar en su defensa<sup>175</sup>.

Hasta ahora, estamos padeciendo la falta de normativa jurídica que regule adecuadamente a las **acciones de clase**<sup>176</sup>, extremo que destacó el Máximo Tribunal Federal en el citado caso "Halabi"<sup>177</sup>.

Ese déficit es reprochable a los Poderes Legislativos, tanto el de la Nación<sup>178</sup>, como a los de las provincias<sup>179</sup>.

No obstante, como se señaló en ese precedente, la norma del segundo párrafo del art. 43 CN "es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia"<sup>180</sup>.

Dicho precedente fue seguido por distintas Cámaras de Apelaciones del país<sup>181</sup>.

Hay un dato que refuerza la conclusión a la que acabo de llegar: el proyecto de Código Civil y Comercial, entre los arts. 1745 y 1748 (ambos inclusive) tenía un título completo dedicado a los **derechos de incidencia colectiva** y a los **derechos individuales homogéneos**, a punto tal que se llegó a organizar un proceso para hacerlos valer<sup>182</sup>.

Ese título, completo, fue suprimido por el Poder Ejecutivo al enviar el proyecto al Congreso, y, con ese formato, el Código Único se transformó en ley. No obstante, prácticamente toda

---

"Defensor del Pueblo de la Nación)", L.L. 2008-A, pág. 97.

<sup>174</sup> Con tal propósito, las personas pueden válidamente asociarse y otorgar a la asociación facultades para representarlas (Manterola, Nicolás I., "Proceso colectivo: concepto, elementos y procedimiento", E.D. del 07/06/2018).

<sup>175</sup> Gozaíni Osvaldo, "Tutela de los derechos de incidencia colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal", L.L. 2004-F, pág. 387.

<sup>176</sup> del Rosario, Cristian O., "El beneficio de gratuidad y su alcance en las acciones de clase", L.L. 2009-B, pág. 671.

<sup>177</sup> Posteriormente el Tribunal cívico se pronunció sobre la legitimación de las asociaciones que concentran el interés colectivo, precisando el alcance de la expresión **asociación** contenida en el art. 43 CN (CSJN, 21/08/2013, "PADEC c. Swiss Medical S.A. s/Nulidad de cláusulas contractuales", d SAIJ: FA13000127).

<sup>178</sup> Giannini, Leandro, "Apuntes para el tratamiento de los proyectos de ley sobre procesos colectivos y acciones de clase", Revista de Derecho Procesal, Número Extraordinario, año 2012, pág. 15; Verbic, Francisco, "Los procesos colectivos. Necesidad de su regulación", L.L. 2010-A, pág. 769.

<sup>179</sup> En verdad, algunas provincias han dictado leyes relacionadas parcialmente con los procesos colectivos. Tal el caso de San Juan (ley 6006), Santa Cruz y Tierra del Fuego (a través de sendos capítulos en sus Códigos Procesales Civiles y Comerciales), Tucumán (en su Código de Procedimiento Constitucional), La Pampa (ley 1352), Chubut (ley 84), Chaco (Ley de Protección de Intereses Difusos y Derechos Colectivos) y Buenos Aires (ley 13928 de Amparo, modificada por ley 14192, y, también a través del Código de Implementación de los Derechos de los Consumidores). Véase al respecto: Mena, Valeria, "Procesos colectivos o grupales en Argentina", [http://www.urbeetius.org/newsletters/16/news16\\_mena.pdf](http://www.urbeetius.org/newsletters/16/news16_mena.pdf).

<sup>180</sup> Oteiza, Eduardo, "La constitucionalización de los derechos colectivos", en Oteiza, Eduardo (coordinador), "Procesos colectivos", ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 31.

<sup>181</sup> CNCom, Sala "D", 02/05/2017, "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c. Préstamos Móvil S.A. Vivus Com.ar.", MJJ104549, precedente en el que se cita a Martínez Medrano, Gabriel, "Las acciones de clase en la visión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", L.L. 2012-E, pág. 24.

<sup>182</sup> Según los "Fundamentos del Anteproyecto..." esa normativa seguía el proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y el Código Modelo de Procesos colectivos para Iberoamérica aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

la Doctrina considera que los principios siguen vigentes pues se sustentan en otras disposiciones del mismo ordenamiento<sup>183</sup>.

Ese fue el criterio sentado en las XXV<sup>as</sup> Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en el año 2015<sup>184</sup>, y es el que ha sido receptado por la Jurisprudencia, tanto la anterior como la posterior a la sanción del nuevo Código<sup>185</sup>, pues se entiende que ha sido consagrado por la Reforma constitucional de 1994<sup>186</sup>.

A nivel nacional, si bien hubo otras iniciativas anteriores, una Comisión creada por el Ministerio de Justicia de la Nación (Resolución 2017-1026-APN-MJ)<sup>187</sup>, basándose en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica del año 2004 y en diversos proyectos anteriores y en la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia, elaboró el Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos<sup>188</sup> el que fue presentado ante la H. Cámara de Diputados de la Nación por informe de gestión n° 112 del Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación el 31/07/2018<sup>189</sup>.

Luego de algunos vericuetos, el 08/03/2018 entró a la H. Cámara de Diputados el proyecto 573-D-2018 firmado por el diputado Pablo Gabriel Tonelli.

Paralelamente, el 05/10/2018, ingresó a la H. Cámara de Diputados como proyecto de ley 6234-D-2018 (de los diputados José Luis Ramón y Pedro Ruben Miranda), el que se encuentra en trámite parlamentario<sup>190</sup>.

---

<sup>183</sup> Galdós, Jorge M. y Valicenti, Ezequiel, "La responsabilidad colectiva (arts. 1760, 1761 y 1762 del Código Civil y Comercial de 2014)". "Los derechos de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial (la irrelevancia de la supresión del Anteproyecto)", Revista de Derecho de Daños, número dedicado a las "Acciones colectivas de daños", 2015-3, pág. 89; Lorenzetti, Ricardo L., "Código Civil y Comercial y Comentado", ed. Rubinzal-Culzoni, tº 1, pág. 73; Halabi, Ernesto y Díaz Cisneros, Adriano P., "Las acciones de clase y la reforma judicial. Requisitos procesales de procedencia", [http://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina\\_nuevo.asp?base=50&id=6855&t=d](http://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina_nuevo.asp?base=50&id=6855&t=d)

<sup>184</sup> Tales conclusiones están disponibles online en: [www.jndcbahiablanca2015.com](http://www.jndcbahiablanca2015.com)

<sup>185</sup> Véanse los precedentes citados por Garrido Cordobera, Lidia M. R., "Los derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial (Art 14)", [www.acaderc.org.ar/acaderc](http://www.acaderc.org.ar/acaderc).

<sup>186</sup> Vergara, Nicolás D., "Legitimación en las acciones colectivas", rev. Infojus, octubre/2011, Id SAIJ: DACF110160; Mighetti, Carlos M., "La legitimación de las asociaciones y la acción de amparo en la jurisprudencia de la Corte Suprema Justicia de la Nación: estado actual y perspectiva", rev. RED Sociales, n° 2, pág. 31, [http://www.redsocialesunlu.net/wp-content/uploads/2014/08/RSOC002\\_03-La\\_legitimaci%C3%B3n\\_de\\_las\\_asociaciones-Mighetti.pdf](http://www.redsocialesunlu.net/wp-content/uploads/2014/08/RSOC002_03-La_legitimaci%C3%B3n_de_las_asociaciones-Mighetti.pdf).

<sup>187</sup> La Comisión redactora de este anteproyecto estuvo integrada por Carlos Balbín, Hernán Calvo, Claudia Caputi, Matías Casal, Leandro Castelli, Javier Cosentino, Agustina Díaz Cordero, Matías Ferrari, Raúl G. Ferreyra, Pablo D. Heredia, Eduardo Laguinge, Eduardo Oteiza, José Mº Salgado, Bernardo Saravia Frías, Juan V. Sola y Pamela Tolosa. El facilitador de la comisión fue Javier Wajtraub.

<sup>188</sup> <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2018/05/Anteproyecto-de-Ley-Procesos-Colectivos-FINAL.pdf>; <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2018/05/Resoluci%C3%B3n-Comisi%C3%B3n-Procesos-Colectivos.pdf>.

<sup>189</sup> Para un comentario acerca de esta iniciativa: Vergara, Exequiel, "Consideraciones sobre los proyectos de ley de procesos colectivos a nivel nacional", MJD13679.

<sup>190</sup> Este diseño legislativo dice haber tenido en cuenta los proyectos presentados en el Congreso Nacional hasta esa fecha (en particular los expedientes N° 2748-D-2012, N° 1045-D-2014, N° 1607-D-2007, N° 7798-D-2016, 0826-D-2015, N° 4527-D-2015, N° 5356-D-2016 y 573-D-2018), así como, muy en particular, la "Propuesta de bases para la discusión sobre una ley de procesos colectivos" de Leandro J. Giannini, Pérez Hazaña Alejandro, Caren Kalafatich, Dante Rusconi, José M. Salgado, Matías A. Sucunza, Matías R. Tau, M. Carlota Ucin y Francisco Verbic, publicado en la Revista de Derecho Procesal, año 2016, n° 2, pág. 499 a 531, y el "Anteproyecto de ley de Procesos Colectivos" presentado por Leandro J. Giannini, José M. Salgado y Francisco Verbic en la Revista de Derecho Procesal, 2017-1.

También se menciona a los proyectos 5463-D-2018 del Diputado Brugge (<https://www.diputados.gov.ar/proyectos/resultados-buscador.html>) y el 376-D-2018 de la Diputada Carrió y



Es decir, los referidos legisladores mendocinos llevaron al Congreso los anhelos de un grupo de especialistas, que hacen de los procesos colectivos una parte sustantiva de su actividad profesional, y que, en términos generales, apreciaban que el documento salido de la usina intelectual del Ministerio de Justicia, en cierto modo, resultaba algo restrictivo, en particular en lo que hace a la legitimación colectiva (punto de vista hartamente discutible), y que, además, no preservaba suficientemente las jurisdicciones provinciales.

Lo cierto es que este último proyecto introdujo una serie de modificaciones, muchas de ellas carentes de explicación, la mayoría de las cuales parecen tener que ver con soluciones a problemas forenses del pasado reciente.

Sea como fuere, está por verse si alguno de esos proyectos se transformará en ley o si, como tantas veces ocurre, seguirán generándose nuevos.

En verdad, todos los proyectos mencionados admiten las **acciones de clase**, y, en particular las que son materia de este estudio, esto es, las que buscan que el juez modifique cláusulas contractuales que afectan a un grupo de damnificados, pues, cuando abordan lo que hace al ámbito de aplicación de la ley, declaran que los procedimientos de la ley (palabras más palabras menos) son los que tutelan “los derechos de incidencia colectiva”.

De todos modos, aun antes de que se sancione una ley de procesos colectivos, en nuestro medio se han dado (y se seguirán dando en el futuro) acciones colectivas<sup>191</sup>, con efectos expansivos<sup>192</sup>.

También para nuestro medio, de ese modo, se genera un enorme ahorro de tiempo y recursos, tanto para las partes, como para el conjunto de personas (humanas o jurídicas) afectadas, así como para los tribunales que, de otro modo, estarían afectados a un enorme número de causas, con el riesgo de llegar a resultados diversos, cuando no, contrapuestos<sup>193</sup>.

## **8. Legitimación activa.**

Todos los proyectos de Ley de Procesos Colectivos, le reconocen legitimación procesal a las organizaciones de protección o defensa colectiva de una clase o grupo plural determinado.

Claro que, según la filosofía que inspira a cada uno, los recaudos para que el juez de la causa admita tal representatividad colectiva son más estrictos o más lábiles.

Los riesgos de caer en excesos, en uno u otro sentido, son enormes: si se opta por un sistema muy restrictivo, es posible que muchos reclamos legítimos no sean encausados; en cambio, si se inclina por uno demasiado elástico, se favorecerá la litigiosidad artificial, cuando no,

---

otros (<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=0376-D-2018&tipo=LEY>), mas estas propuestas sólo se ocupan lateralmente de los procesos colectivos.

<sup>191</sup> Lorenzetti, Ricardo L., “Justicia colectiva”, ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 11 y 74.

<sup>192</sup> Catalano, Mariana y González Rodríguez, Lorena, “Los litigios masivos según el prisma de la Corte Suprema”, L.L. 2009-B, pág. 598; Cassagne, Juan C., “Derechos de incidencia colectiva. Los efectos *erga omnes* de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva”, L.L. 2009-B, pág. 646; García Pullés, Fernando R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?”, L.L. 2009-B, pág. 186; Gelli, María A., “La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso ‘Halabi’”, L.L. 2009-B, pág. 565; Rodríguez, Carlos A., “Las acciones colectivas a la luz de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, DJ del 25/03/2009; Rosales Cuello, Ramiro y Guiridlian Larosa, Javier D., “Nuevas consideraciones sobre el caso ‘Halabi’”, L.L. 2009-D, pág. 424; Toricelli, Maximiliano, “Un importante avance en materia de legitimación activa”, L.L. 2009-B, pág. 202.

<sup>193</sup> Dobrovitzky, Leila, “Acción de clase y su aplicación al Derecho Tributario Argentino”, IMP 2011-1, pág. 47.

delictual.

En general exigen estos requisitos:

- a. Contar con capacidad y experiencia en la defensa judicial y extrajudicial de los derechos de incidencia colectiva que tienden a proteger.
- b. Tener historia en la defensa de los intereses colectivos de que se trate.
- c. Que tales intereses sean coincidentes.
- d. Que la entidad tenga cierta antigüedad.
- e. Que se encuentre debidamente inscripta.
- f. Que presente estados contables aprobados (debidamente certificados) de los que resulten las actividades tendientes a la protección de los derechos que hacen a su objeto desarrolladas durante ese período.
- g. Que sea una institución idónea, circunstancia que, en general, se infiere de su actuación como representante de los sujetos colectivamente representados.

Algunas de esas exigencias pueden resultar del Estatuto de la entidad, como lo estableció la Corte Suprema Federal en un caso<sup>194</sup>.

Las entidades gremiales empresarias (cámaras, federaciones o confederaciones de una actividad específica) son las representantes colectivas naturales de las compañías de su sector; sobre todo cuando ejercen tal representación ante organismos públicos o, por ejemplo, cuando se trata de la **asociación profesional de empleadores** conforme el art. 1 de la ley 14250<sup>195</sup>.

### **9. La falacia de la imposibilidad de discutir el precio.**

El art. 1121 CCyC determina que no pueden ser declaradas abusivas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicios procurado.

De ese modo, el Código único tomó distancia respecto del Proyecto de Reforma de 1998 que, si bien tenía un precepto similar, establecía que no les estaba permitido a los tribunales interferir en los contratos discrecionales, y que sólo podían intervenir en situaciones excepcionales, a pedido de parte, si lo autoriza la ley, o de oficio, si era transgredido el orden público<sup>196</sup>.

---

<sup>194</sup> CSJN, 26/08/2003, "Cámara de Comercio, Ind. y Prod. de Resistencia c. AFIP", Fallos: 326:3007, considerando 9º. También en CSJN, 26/08/2003, "Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c. Estado Nacional"; ídem, 07/10/2003, "Colegio Público de Abogados de Capital Federal c. Min. de Economía Obras y Servicios Públicos", citados por Monteleone Lanfranco, Alejandro P., "Las asociaciones del artículo 43 de la CN y la tutela de intereses difusos. Consumidores y usuarios (evolución jurisprudencial)", rev. Temas de Derecho Comercial, Empresarial y del Consumidor, mayo/2015, pág. 75.

Sobre el particular asimismo véase: Vincenti, Rogelio, "La legitimación en el proceso contencioso administrativo federal", en Balbín, Carlos F. (director), "Proceso contencioso administrativo federal", ed. Abeledo Perrot, tº 1, pág. 108; Rivera, Julio C. (p.) y Rivera, Julio C. (h.), "La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del defensor del pueblo y de las asociaciones del art. 43, segundo párr., CN", L.L. 2005-B, pág. 1053.

<sup>195</sup> Debe tenerse en cuenta que, según el art. 9 de dicho ordenamiento, la **asociación profesional de empleadores** debe ser considerada "representativa de la actividad", y, en consecuencia, los convenios colectivos de trabajo que celebra y que son homologados por la autoridad de aplicación, son obligatorios para todos los empleadores del sector "comprendidos en la zona a que se refiere la convención, revistan o no el carácter de afiliados".

<sup>196</sup> Vázquez Ferreyra, Roberto A., "No toda cláusula contractual puede ser declarada abusiva", rev. de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, octubre/2012, pág. 77.

El vigente art. 1121 CCyC se inspiró en la Directiva 93/13/CEE<sup>197</sup>, aunque los textos difieren un poco. La Directiva establece que "...la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación..."<sup>198</sup>.

Cabe aclarar que la Directiva fue el resultado de algunas discusiones que se dieron en el pasado<sup>199</sup>, las que pueden llevar a un camino circular<sup>200</sup>.

¿Nunca se pueden discutir en los tribunales el precio o las condiciones de venta de un servicio? ¿Qué ocurre cuando ese precio o esas condiciones son abusivos?

No hay una respuesta unívoca para esos interrogantes.

Si lo vemos con un ejemplo se entiende mejor: Un vino de una marca determinada no tiene por qué costar lo mismo que su par de otra marca. Hay centenares de factores (objetivos y subjetivos) que suman y restan cuando se determina el valor en dinero que tendrá el bien o servicios cuando sea ofrecido en el mercado<sup>201</sup>. Si los clientes de una bodega pudieran cuestionar el precio del producto que compran se podrían dar situaciones caóticas.

El supuesto que acabo de dar fue elegido adrede para dejar en evidencia un dato fundamental: ningún productor de vinos ostenta la **posición dominante en el mercado**. De manera que si a un cliente de determinado bodeguero no le conviene los precios y condiciones que él le ofrece, simplemente puede acudir a otro u otros competidores.

La situación es completamente diversa cuando el oferente del producto o servicio ostenta una **posición de dominio del mercado**, pues, en esa condición, para quienes los adquieren, no hay alternativa posible.

Por ese, y por otros motivos, el dispositivo legal bajo análisis fue enérgicamente cuestionado<sup>202</sup>.

Pensemos: la atribución del empresario dominante de determinar unilateralmente los precios y condiciones de venta ¿no tiene ninguna restricción? Una respuesta afirmativa a este interrogante podría llevar a situaciones absurdas, a punto tal que haría peligrar la subsistencia

---

<sup>197</sup> Esborraz, David F., "Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas en el Proyecto de Código Civil y Comercial (algunas reflexiones comparativas con el derecho italiano)", RCyS 2014-VII, pág. 15; Chouela, Gabriel J., "Las cláusulas abusivas en el proyecto de Código Civil y Comercial unificado", rev. Compendio Jurídico, tº 74, pág. 45.

<sup>198</sup> Bergel, S. Darío y Paolantonio, Martín E., "La Directiva de la Comunidad Económica Europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores", RDPC, tº 5, "Consumidores", pág. 191.

<sup>199</sup> Ballugera Gómez, Carlos, "Guía para saber cuándo una cláusula no negociada individualmente define el objeto principal del contrato o se refiere a la adecuación de la relación calidad-precio", rev. de Derecho vLex, nº 162, noviembre/2017.

<sup>200</sup> En ese sentido: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-26/13, sentencia del 30/04/2014, "Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt", <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-26/13#>.

<sup>201</sup> Véase, en tal dirección, lo decidido por la Comisión de Defensa de la Competencia en el exp. 501:0289075/2016, "Coto S.A. s/Infracción de ley 25.156 (C.1604)", <http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/cond%201604.pdf>

<sup>202</sup> Por ejemplo: Ghersi, Carlos A., "El precio como cláusula y práctica abusiva. Manifestación del abuso de posición dominante en el mercado", E.D. 267-693; Bagalá, Pablo, "Apuntes sobre el derecho de consumo en el Código Civil y Comercial argentino. Repaso de las cláusulas abusivas", Id Infojus: DACF150368; Tambussi, Carlos E., "La imposibilidad de considerar abusivo el precio de bienes o servicios", rev. Diario Consumidor nº 149, <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2018/03/Tambussi-Consumidor-6.3.pdf>.

de sus clientes<sup>203</sup>.

Entonces: ¿por qué motivo una cláusula que faculta al empresario dominante a fijar unilateralmente el precio de los bienes o servicios que comercializa no podría ser **abusiva**, como agudamente reflexionó la buena Doctrina<sup>204</sup>?

El art. 4.2 de la mencionada Directiva 93/13/CEE (que, como señalé, es el que contiene la regla análoga a la de nuestro art. 1121 CCyC) generó serios trastornos en la casuística jurisprudencial. Por eso en España se discutió si cabía declarar la nulidad de una cláusula por abusiva cuando definía el objeto principal del contrato o, incluso, la relación calidad/precio, aunque estuviese redactada de forma clara y transparente<sup>205</sup>.

El debate quedó zanjado cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante sentencia del 03/06/2010 (“Caja Madrid”), aclaró que los Estados miembros pueden efectuar un control judicial pleno de todo tipo de cláusulas, **incluidas las relativas a los elementos esenciales del contrato**<sup>206</sup>.

Desde entonces se considera que tanto las **cláusulas** como las **prácticas abusivas** referidas a las fijación de precios también son legalmente objetables<sup>207</sup>.

Lo propio ocurre en los EEUU<sup>208</sup>.

En nuestro país, con similar criterio, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia aplicó sanciones en casos de precios abusivos, o de imposición de condiciones inicuas de contratación<sup>209</sup>.

En nada cambia las cosas el hecho de que el empresario dominante haya incluido en el

---

<sup>203</sup> Márquez, José F., “Cláusulas abusivas contractuales y Defensa de la Competencia”, en Tinti, Guillermo (coordinador), “El abuso en los contratos”, ed. Abaco, pág. 207.

<sup>204</sup> Mato Pacín, M<sup>a</sup> Natalia, “Cláusulas abusivas y empresario adherente”, ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, pág. 160.

<sup>205</sup> Debo advertir que esta cuestión tuvo reflejos en las iniciativas de armonización transnacional de regímenes contractuales en el ámbito europeo.

Los PECL (*Principles of European Contract Law*) 6:105, 5.1.7(2) PICC (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*), II.- 9:105 DCFR y 74 CESL (*Common European Sales Law*) obligan a respetar el precio fijado unilateralmente por una de las partes si así fue acordado. No obstante, para evitar abusos, dichas normas permiten que, cuando ello provoque un precio notablemente irrazonable, el juez debe modificarlo. La norma se aplica esencialmente a contratos entre comerciantes, ya que, si se trata de contratos de consumo, la cláusula que autoriza la fijación unilateral del precio por parte del proveedor se presume abusiva.

Véase al respecto: Momberg Uribe, Rodrigo, “La reformulación del rol del juez en los instrumentos contemporáneos de Derecho Contractual”, cit.; del mismo autor: “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XXVI, n° 1, julio/2013, pág. 9; y “El proceso de armonización del derecho de contratos en la Unión Europea”, en Vásquez, María y Fernández, José (editores), “Derecho Mercantil Internacional. La unificación del Derecho Privado”, ed. Abeledo-Perrot/Thomson-Reuters, pág. 529.

<sup>206</sup> Cámara Lapuente, Sergio, “¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?” “De la STJUE de 3 junio 2010 (Caja de Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo”, *rev. UC3M*, vol. 5, n° 2, año 2013, pág. 209.

<sup>207</sup> Armengol i Gasull, Oriol, “La discriminación de precios como abuso de posición dominante”, en Martínez Lage, Santiago y Petitbò Juan, Amadeo (directores), “El abuso de la posición de dominio”, ed. Marcial Pons, pág. 299; Mendoza Losana, Ana I., “Modificación unilateral de precios en contratos de duración indeterminada”, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9f738335-8fc7-434d-a4cd-1cb6059f6c96>.

<sup>208</sup> Blakeney, Michael, “*The foreign face of Robinson-Patman: Comparative Price Discrimination Laws*”, *rev. Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 9, n° 21, pág. 34.

<sup>209</sup> Por fijación de precios abusivos la Secretaría de Industria, Comercio y Minería de la Nación le impuso a YPF S.A. una multa de \$ 109.644.000, sanción que fue confirmada por la CNAPE y por la CSJN (sobre el particular: Lambert, Ariel D., “El abuso de posición dominante en la Defensa de la Competencia”, cit.

contrato una cláusula por la cual sus clientes renuncian anticipadamente al derecho a reclamar, judicial o extrajudicialmente, por las consecuencias dañosas que pueden derivar del ejercicio del derecho a fijar el precio y condiciones de venta de sus productos o servicios. A partir del art. 37 de la ley 24240 (de aquí en más LDCon) (antecedente de las normas del nuevo Código sobre **cláusulas abusivas** que, por lo tanto, son de interés para nuestro tema<sup>210</sup>) la Jurisprudencia decidió que, en este ámbito, no se puede renunciar por adelantado a demandar a la contraparte<sup>211</sup>.

Ahora –como anticipé– el problema quedó resuelto por el art. 1119 CCyC que estatuye que es **abusivo** y, por lo tanto, legalmente inválido, toda actitud que tenga “..por objeto o por efecto provocar un **desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes**, en perjuicio del consumidor”.

El art. 86 del Tratado de Roma es más específico, pues directamente prohíbe los precios no equitativos<sup>212</sup>.

El precio puede ser abusivo en sí mismo cuando es groseramente superior al costo del servicio más una utilidad razonable; pero también puede serlo cuando incurre en una discriminación arbitraria entre sus clientes<sup>213</sup>.

En efecto, no es lo mismo que una empresa de tarjeta de crédito le cobre una comisión determinada a un cliente cuyo negocio permite márgenes de ganancias muy amplios (v.gr. una joyería) que a otro (quien vende comestibles líquidos) que tienen porcentajes de utilidad muy limitados, pues es muy distinto el peso que tal comisión tiene sobre los valores en juego para uno y otro<sup>214</sup>.

En esos supuestos, como acabamos de comprobar, más que en el mercado en el que se mueven las empresas dominantes, los efectos de la discriminación deben buscarse y encontrarse en el mercado en el que operan sus clientes<sup>215</sup>.

## **10. El mito de la defensa *passing-on*.**

En el Derecho Comparado<sup>216</sup>, cuando se dan procesos de clase que procuran invalidar cláusulas abusivas es frecuente que en la contestación de la demanda se ensaye lo que se

---

<sup>210</sup> Parisi, Néstor, “Los derechos del consumidor a la luz de la unificación civil y comercial. ¿Ficción, realidad o repetición innecesaria de principios? Algunos apuntes de los derechos de incidencia colectiva”, E.D. del 26/06/2015, n° 13.757; Santarelli, Fulvio G., “Extinción de las obligaciones en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Supl. Especial Nuevo Código Civil y Comercial, noviembre/2014, pág. 91.

<sup>211</sup> CNContencioso Administrativo Fed, Sala 1ª, 22/08/2000, “Lloyds Bank (BL S.A.) Ltd c. Secretaría de Comercio e Inversiones/Disp. DNCI 1025/99”, MJJ5424; CNCom, Sala “E”, 30/04/1998, “Paternostro, Mario L. y otro c. Banco Mercantil”, MJJ6958.

<sup>212</sup> Flint Blanck, Pinkas, “Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701”, ed. Pontificia Univ. Católica de Perú, pág. 484.

<sup>213</sup> Díez Estella, Fernando, “Abusos mediante precios: los precios excesivos”, en “El abuso de posición dominante”, Fundación Rafael del Pino, ed. Marcial Pons, pág. 251.

<sup>214</sup> En esa línea el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) resolvió recientemente una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra “a” (petición del 14/09/2017), <http://derechoycompetencia.blogspot.com/search/label/Abuso%20de%20Posici%C3%B3n%20Dominante>.

Véase asimismo: Robles, Martín y Laborda, Antonio, “Los precios excesivos como supuesto de abuso de posición dominante”, en “Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor”, ed. Marcial Pons, tº 35, años 2014-2015, pág. 533.

<sup>215</sup> Armengol i Gasull, Oriol, “La discriminación de precios como abuso de posición dominante”, cit.

<sup>216</sup> Andrelang, Christian, “Damages for the infringement of Art. 81 EC by cartel agreements according to sec. 33(3) GWB: the changes of law concerning the ‘protective law’ requirement and the ‘passing on’ defence”, rev. World Competition, n° 573, abril/2007, pág. 573; Büyüksagis, Erdem, “Standing and passing-on in the new EU

denomina la defensa *passing-on*<sup>217</sup>, que básicamente consiste en negarle legitimación a quien litiga por no ser (ni el legitimado colectivo, ni sus representados) los damnificados finales de las prácticas predatorias.

Para ello el empresario dominante aduce que el comerciante intermediario, cuando promueve este tipo de litigios, no defiende un interés propio ya que ese costo, aunque sea abusivo, lo puede trasladar al precio que le hace pagar al adquirente final (el consumidor) quien, por lo tanto, sería el único que estaría en condiciones de demandarlo<sup>218</sup>.

En la mayoría de los supuestos en los que se experimenta la defensa *passing-on* se recurre a una serie de sofismas que la experiencia forense ha desenmascarado. Por eso la Jurisprudencia ha decidido que la carga de la prueba de los hechos constitutivos del *passing-on* debe recaer sobre la empresa infractora, prueba que debe ser evaluada con severidad<sup>219</sup>.

A todo esto debo aclarar que la doctrina del *passing-on* nació en los EEUU<sup>220</sup> únicamente para los casos en los cuales se demanda por daños y perjuicios. Como allí, conforme la ley Clayton de 1914, se puede accionar por un monto equivalente al 300% del daño sufrido (una especie de combinación de indemnización compensatoria con otra punitiva) más las costas del pleito, es lógico que se trate de evitar la litigiosidad artificial.

Por eso la defensa *passing-on* pierde sentido cuando lo que se demanda, como ocurre en este caso, no es la indemnización de daños y perjuicios, sino la nulidad de las cláusulas y prácticas abusivas y su reemplazo por condiciones razonables de contratación, acción que sólo tiene sentido para quienes, como las empresas que aglutina mi representada, están directamente vinculadas por contrato a la demandada.

El segundo mito que existe en esta materia consiste en suponer que el comerciante siempre y en cualquier condición, puede establecer libremente el precio y las demás condiciones de venta de los bienes o servicios que vende, de manera que el costo que abusivamente le impone el empresario dominante lo puede trasladar siempre, y sin limitación, a sus propios clientes<sup>221</sup>.

---

*Directive on antitrust damages actions*”, rev. Swiss Review of Business Law, vol. 87, nº 1, año 2015, pág. 18; Garrido Pérez, Pablo M., “El sistema *passing-on*: el ejercicio de la acción y defensa procesal”, en Font Ribas, Antoni y Vila Costa, Blanca (directores), “La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia”, ed. Marcial Pons, pág. 45.

<sup>217</sup> Rubiano Meza, Diana P., “La incidencia de la defensa *passing on* en la legitimación activa la reparación de daños ocasionados por cárteles o abusos de posición dominante”, en Arranz Madrid, M<sup>a</sup> Dolores, Moreno Serrano, Enrique, Viera González, Arístides J., Echebarría Sáenz, Marina, Ruiz Peris, J. Ignacio y Alonso Soto, Ricardo J. (directores), “La reforma de los contratos de distribución comercial”, pág. 933, [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722013000200006](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722013000200006).

<sup>218</sup> Mendive Dubourdieu, Andrés, “Legitimación activa por daños causados por conductas anticompetitivas”, Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, pág. 68, <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Mendive-Legitimacion-activa-por-danos-causados-por-conductas-anticompetitivas.pdf>.

<sup>219</sup> Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 07/11/2013, Recurso 2472/11, <https://dictumabogados.com/files/2014/01/Jurisprudencia-e-dictum-25.pdf>

<sup>220</sup> En realidad, todo lo que tiene que ver con los procesos colectivos y con las acciones de clase en particular, nació en los EEUU. Para entender el complejo desarrollo de estos institutos desde su inicio vale leer: Miller, Arthur R., “*The American Class Action: from birth to maturity*”, rev. Theoretical Inquiries in Law, vol. 19, año 2018, pág. 1.

<sup>221</sup> Marcos, Francisco, “La aplicación privada del Derecho de Defensa de la Competencia por los jueces y tribunales españoles”, rev. Working Paper IE Law School, AJ8-212, 01/04/2014, <https://cee.ie.edu/sites/default/files/AJ8-212.pdf>

Empero, en buena cantidad de bienes y servicios comercializados masivamente ello es una falacia, pues la demanda, sobre todo en tiempos de crisis, no es tan elástica como para soportar cualquier tipo de incremento en los precios<sup>222</sup>.

Hay un último factor que hizo que la defensa *passing-on* (salvo en casos de grosera fullería) fuera relegada a su mínima expresión. Los jueces estadounidenses advirtieron que en las acciones que enderezan los particulares con base en el Derecho de la Competencia (*private enforcement*)<sup>223</sup>, haciendo una aplicación estricta del instituto, pasaban a darse las siguientes circunstancias que conspiraban contra la Justicia:

- Si únicamente el adquirente indirecto del producto o servicios tiene legitimación para demandar (lo que se denomina “ir aguas abajo”), en los hechos se desalienta la promoción de este tipo de litigios, pues la relación costo del proceso/beneficio era absolutamente desproporcionada para el hipotético demandante<sup>224</sup>. Tener que enfrentar a las grandes empresas requiere de abogados y otros profesionales, lo que hace que el costo de esos servicios retraiga notablemente la promoción de acciones de esta índole<sup>225</sup>.
- Por otra parte, si los últimos afectados de la cadena comercial tuvieran que litigar singularmente por lo suyo, los tribunales se llenarían de causas, complicando seriamente el trabajo de los jueces.

De manera que el instrumento que se inventó para combatir al litigio ficticio dio nacimiento a un monstruo procesal aún más temible.

Dirimente, en este asunto, el *leading case* “Hannover Shore v. United Shoe Machinery Corporation”<sup>226</sup> donde el Tribunal Supremo estadounidense afirmó que el demandante puede solicitar la totalidad del sobreprecio monopolístico (es decir, la diferencia entre el precio competitivo y el precio resultado de la conducta anticompetitiva) aunque haya conseguido transferirlo (en todo o en parte) a sus clientes<sup>227</sup>.

---

<sup>222</sup> Mendive Dubourdieu, Andrés, “Legitimación activa por daños causados por conductas anticompetitivas”, cit.

<sup>223</sup> Por oposición a las iniciativas de los órganos del Estado (*public enforcement*).

<sup>224</sup> Así lo ha considerado el TJCE, sentencia del 25/11/1998, asunto C-308/97, “Manfredi”, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-308/97>, cuya filosofía aparece en el Libro Blanco, ap. 2.1, pág. 4.

<sup>225</sup> Zuleta Londono, Alberto, “La regulación sobre mantenimiento de precios de reventa: el próximo capítulo del derecho colombiano de la competencia”, Revista Derecho de la Competencia, enero/2011, <https://www.thefreelibrary.com/La+regulacion+sobre+mantenimiento+de+precios+de+reventa%3A+el+proximo...-a0309728751>.

<sup>226</sup> 392 U.S. 481, (1968), <https://www.casemine.com/judgement/us/5914cae1add7b049347fe119>.

<sup>227</sup> Velasco San Pedro, Luis A. y Herrero Suárez, Carmen, “La *passing-on defence*, ¿un falso dilema?”, en Velasco San Pedro, Luis A., Herrero Suárez, Carmen, Echebarría Sáenz, Marina y Gutiérrez Gilsanz, Javier (directores), “La aplicación privada del derecho de la competencia” (ponencia presentada ante el Congreso Internacional sobre Aplicación Privada del Derecho de la Competencia, año 2010, Valladolid), pág. 593, <http://nevada.ual.es/spic/descargas/ponencias/passing-onDefence.pdf>.

Dicen los autores glosados: “Se parte de la idea de que los compradores directos son demandantes más «eficientes» que los indirectos, que, a menudo, tendrán menos incentivos para entablar este tipo de acciones (fragmentación del daño, dificultades probatorias, etc.). El rechazo de la *passing-on defence* constituiría, así, una forma de incentivar y facilitar al comprador directo el ejercicio de acciones, al eliminar uno de los principales obstáculos con los que podrían toparse sus pretensiones concediéndoles el derecho a la totalidad del sobreprecio”.

Que los particulares asuman un papel activo respecto de los ilícitos anticompetitivos sirve tanto para la persecución y sanción de los infractores como para disuadir la comisión de dichas conductas ilegales<sup>228</sup>.

La solución a ese conflicto llegó a través de las acciones colectivas, tanto de los comerciantes que son las primeras víctimas de las prácticas abusivas, como de los consumidores<sup>229</sup>. Ambos pueden agrupar sus reclamos y, de ese modo, hacer que la actividad procesal sea racional, tanto para las partes como para el juez<sup>230</sup>.

Que los particulares asuman un papel activo respecto de los ilícitos anticompetitivos sirve tanto para la persecución y sanción de los infractores como para disuadir la comisión de dichas conductas ilegales<sup>231</sup>.

A iguales conclusiones se llegó en la Comunidad Europea donde también hay especial interés en ampliar la legitimación de los particulares por cuestiones de Defensa de la Competencia porque es la vía por la cual llegan al tribunal aproximadamente el 90% de esa clase de conflictos<sup>232</sup>. En consecuencia, se busca proteger a los damnificados, sean directos o indirectos<sup>233</sup>.

Fue así que, para fomentar las acciones judiciales de los arts. 101 y 102 del TFUE<sup>234</sup>, salieron a la luz el Libro Verde<sup>235</sup> y el Libro Blanco<sup>236</sup>, y, en el año 2013, se publicó una guía que facilita a las partes y a los jueces el cálculo del sobreprecio<sup>237</sup>, y una Recomendación sobre Procesos Colectivos relacionados con estos asuntos<sup>238</sup>.

---

<sup>228</sup> El *leading case* en esta materia fue: US Supreme Court, 03/11/1977, "Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.", <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/477/>. Sobre el particular: Baker, Jonathan B. y Bresnahan, Timothy, "Economic evidence in antitrust: Defining markets and measuring market power", rev. Stanford Law and Economics Olin, Working Paper n° 328, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=931225](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=931225).

<sup>229</sup> Carballo Piñeiro, Laura, "Derecho de Competencia, intereses colectivos y su proyección procesal: observaciones a propósito del art. 6 del Reglamento Roma II", rev. Anuario Español de Derecho Internacional Privado, tº VII, año 2007, pág. 465.

<sup>230</sup> Velasco San Pedro, Luis A. y Herrero Suárez, Carmen, "La *passing-on defence*, ¿un falso dilema?", cit.

<sup>231</sup> Una vez más resulta paradigmático en esta materia el caso: US Supreme Court, 03/11/1977, "Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.", cit.

<sup>232</sup> Gascón Inchausti, Fernando, "Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre Defensa de la Competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición", rev. Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo/2017, vol. 9, n° 1, pág. 125.

<sup>233</sup> Ortiz Baquero, Ingrid S., "La aplicación privada del Derecho de la Competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia", ed. La Ley, pág. 239; Waelbroeck, Denis y Slater, Donald, "The Commission's Green Paper on private enforcement: 'Americanization' of EC competition law enforcement", en Ehlermann, Claus-Dieter y Atanasiu, Isabela (editores), "European Competition Law annual 2006: enforcement of prohibition cartels", Oxford: Hart.

<sup>234</sup> Desde el 01/05/1999, con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, pasaron a ser los arts. 81 y 82 TCE, para constituir, en la actualidad (desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, del 01/01/2010) los arts. 101 y 102 del TFUE.

Nuestra ley de Defensa de la Competencia, sobre todo en la última redacción, se encuentra fuertemente influida por esa normativa.

<sup>235</sup> El Libro Verde de la Comisión, sobre "Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la Competencia" fue publicado el 19/02/2005.

<sup>236</sup> Libro Blanco de la Comisión, sobre "Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la Competencia" data del 02/04/2008.

<sup>237</sup> [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_guide\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_es.pdf)

<sup>238</sup> Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Recomendación de la Comisión, del 11/06/2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de



Por último, en el año 2015, se dio a conocer otro estudio sobre la cuantificación de los sobrecostos *passing on*<sup>239</sup>.

Es así como en el ámbito comunitario europeo se les ofrece a los particulares: por un lado, la posibilidad de interponer demandas o presentar denuncias ante las autoridades administrativas pertinentes para que investiguen la comisión de conductas anticompetitivas y, eventualmente, castiguen a los infractores con multas o penas privativas de libertad<sup>240</sup>; y, por el otro, que se puedan incoar acciones civiles preventivas (medidas cautelares para impedir la perpetración de conductas anticoncurrenciales o hacer cesar las iniciadas)<sup>241</sup>, acciones de nulidad de los acuerdos o contratos contrarios a la libre competencia y acciones de indemnización de los perjuicios emanados de los ilícitos *antitrust*<sup>242</sup>.

---

violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396/UE), <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/?fuseaction=list&n=10&adv=0&coteld=1&year=2018&number=40&version=F&dateFrom=&dateTo=&serviceld=&documentType=&title=&titleLanguage=&titleSearch=EXACT&sortBy=NUMBER&sortOrder=DESC2018&language=es>.

Este informe cuenta con una versión corregida del 25/01/2018, COM (2018), <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-40-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>.

<sup>239</sup> <http://www.osservatorioantitrust.eu/es/europa-guia-sobre-la-cuantificacion-de-danos-y-perjuicios-y-efecto-passing-on/>

<sup>240</sup> Van Gerven, Walter, "Private enforcement of EC competition rules in the ECJ "Courage v. Crehan" and the way ahead", en Basedow, Jürgen (editor), "Private enforcement of EC competition Law", ed. Kluwer Law International, pág. 19; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Primera aproximación a los daños causados por conductas anticompetitivas", en "Instituciones de Derecho Privado, Responsabilidad Civil. Derecho de Daños", ed. Rubinzal-Culzoni, tº 5, pág. 464.

<sup>241</sup> Pionero, en esta materia, el fallo TJCE, 30/01/1974, "BRT c. SABAM/I". Sobre el particular: Quintana Carlo, Ignacio, "La aplicación de las reglas de la competencia del Tratado de Roma a la fijación de tarifas en los transportes aéreos (Comentario a la sentencia del TJCE de 30 de abril de 1986, en los casos acumulados 209 a 213/84, Ministère public c. Lucas Asjes et autres (Nouvelles Frontières)", [www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs...](http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs...)

<sup>242</sup> Ortiz Baquero, Ingrid S., "La aplicación privada del Derecho de la Competencia: Los efectos civiles derivados de las normas de libre competencia", Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, año 2011, pág. 152; Banfi del Río, Cristián, "La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del Derecho de la Competencia", Rev. de Derecho (Valdivia), vol. 27, nº 2, año 2013, [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718).

Asimismo se procura reforzar el acceso a la justicia por medio de acciones colectivas<sup>243</sup>. En ese camino se encuentra la Directiva 2014/104<sup>244</sup>, aunque todo parece indicar que es apenas un hito en la evolución de este fenómeno procesal<sup>245</sup>.

### 11. Las acciones *follow on* y las cuasi *follow on*.

En el Derecho Comparado, en materia de Defensa de la Competencia, han adquirido relevancia las acciones denominadas *follow-on*, es decir, aquellas que promueven los particulares después que la conducta anticompetitiva es determinada, por decisión firme, por el organismo administrativo público respectivo<sup>246</sup>.

En los EE.UU. esa clase de acción está regulada por la sección 58A de la *Competition Act* de 1998<sup>247</sup>. Las decisiones administrativas dictadas en investigaciones por ilícitos *antitrust* (sección 5(a) de la *Sherman Act*) son las que tienen valor de prueba irrefutables en juicios civiles posteriores<sup>248</sup>; lo que nosotros denominaríamos fuerza de “cosa juzgada”.

A nivel europeo las acciones *follow-on* adquirieron carta de ciudadanía cuando el Tribunal de Justicia Europeo falló el caso “Masterfoods”<sup>249</sup>, pero se transformó en ley cuando se sancionó el art.16 del Reglamento 1/2003<sup>250</sup> que le atribuye a las decisiones de la Comisión

---

<sup>243</sup> Hubo varios documentos preparatorios y consultas públicas en las cuales las instituciones comunitarias pusieron de manifiesto la necesidad de establecer mecanismos colectivos de resolución de conflictos. En el Documento de trabajo “Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo” del 04/02/2011, la Comisión realizó un estudio en el cual se pretendía identificar los principios jurídicos comunes, todo ello en aras de crear un verdadero sistema europeo de resolución de conflictos colectivos. Asimismo, el Parlamento Europeo mostró en su Resolución del 02/02/2012 titulada “Towards a Coherent European Approach to Collectives Redress” su preocupación por establecer estos sistemas colectivos de resolución de conflictos para garantizar la efectividad del Derecho de la Unión. Todos esos trabajos preparatorios se cristalizaron en la Recomendación de la Comisión del 11/06/2013 (2013/396/UE) (Schumann Barragán, Guillermo J., “Acciones de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la Competencia. La acumulación de acciones y la cesión de derechos de indemnización como estrategias de litigación conjunta en España”, <https://eprints.ucm.es/41945/1/TFM.-%20Acciones%20de%20responsabilidad%20civil%20por%20infracciones%20del%20Derecho%20de%20la%20competencia%20EPRINTS%20%282%29.pdf>).

<sup>244</sup> Esta Directiva se transformó en ley en España mediante el Real Decreto-ley 9/2017.

Es de destacar que la Directiva no fue todo lo precisa que se esperaba sobre las defensas *passing-on* (Tudor, Elena C., “La causalidad en acciones de daños *antitrust*, a la luz de lo dispuesto en la Directiva 2014/104/CE”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 71, enero-junio/2018, pág. 250).

<sup>245</sup> Gascón Inchausti, Fernando, “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre Defensa de la Competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición”, cit.

<sup>246</sup> En cambio la acción *stand alone* carece de una actuación administrativa que le sirve de antecedente.

<sup>247</sup> Critchley, Stephen, “Follow-on actions for breach of competition law”, <https://www.collyerbristow.com/media-centre/content/item/190-competition-law-follow-on-actions>.

<sup>248</sup> Normativa que es objeto de permanente interpretación jurisprudencial (McGregor, Andy, “Supreme Court clarifies limitation period for damages claim under Competition Act”, <https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Litigation/United-Kingdom/RPC/Supreme-Court-clarifies-limitation-period-for-damages-claim-under-Competition-Act>).

<sup>249</sup> TJUE, 14/12/2000, asunto C-344/98, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d53847418ef8e04fa984e9bbfe3071e8fa.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyKaNb0?text=&docid=45449&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=58752>.

<sup>250</sup> Posteriormente, el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE estableció que “la constatación de una infracción del Derecho de la Competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considera irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional”.

que constatan una infracción *antitrust* valor vinculante respecto todas las ANC y los jueces de los Estados miembros<sup>251</sup>.

De su lado el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE fue la que terminó disponiendo que “la constatación de una infracción del Derecho de la Competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia”.

Vale aclarar que el art. 17.2 de dicha Directiva determina que “Se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios. Al infractor le asistirá el derecho a rebatir esa presunción”<sup>252</sup>.

Como es lógico, dado el peso del mentado antecedente, según resulta de varias investigaciones que menciono en este estudio, el 66,7% de las acciones *follow-on* llegan a sentencias de condena<sup>253</sup>.

En Argentina las acciones *follow on* alcanzaron consagración legislativa el 23/05/2018 cuando entró en vigor la mentada ley 27442 que modificó el régimen de Defensa de la Competencia<sup>254</sup>. Es así como ahora el art. 63 de dicho ordenamiento establece: “La resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la violación a esta ley, una vez que quede firme, hará de cosa juzgada sobre esta materia”.

La novedad fue objeto de análisis en el 4<sup>th</sup> *Annual International Bar Association Competition Mid-Year Conference* (Buenos Aires, días 3 y 4 de mayo de 2018)<sup>255</sup>.

Se apreciará lo revolucionario de la norma: una decisión administrativa forzando a las sentencias judiciales sobre la misma materia.

En el Derecho Comparado se consideró que la hiper-especialización que algunos organismos administrativos alcanzan en cuestiones de su área de competencia justifica la regla en comentario<sup>256</sup>.

---

<sup>251</sup> Herrero Suárez, Carmen, “La transposición en España de la directiva de daños *antitrust*”, rev. *Orizzonti del Diritto Commerciale*, año 2015, nº 3, [http://rivistaodc.eu/media/53478/herrero\\_suarez\\_-\\_danno\\_antitrust.pdf](http://rivistaodc.eu/media/53478/herrero_suarez_-_danno_antitrust.pdf).

<sup>252</sup> Gascón Inchausti, Fernando, “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre Defensa de la Competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición”, cit.

<sup>253</sup> Herrero Suárez, Carmen, “La transposición en España de la directiva de daños *antitrust*”, cit.

<sup>254</sup> Con la ley en su versión anterior un autor opinó que la acción *follow-on* no era posible en nuestro ordenamiento jurídico, aunque reconoció que en el caso “Auto Gas S.A. v. YPF S.A. y otro” (Juzg. Nac. Com. nº 14, Secretaría nº 27, 16/09/2009) el juez sostuvo que resultaba “necesario recordar que en lo concerniente al abuso de posición dominante, tal aspecto había quedado definitivamente decidido. Ello en atención al dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que concluyó con la sanción impuesta a YPF S.A. por la Secretaría de Industria, Comercio y Minería mediante la resolución 189/1999” (Sylvester, Pablo, “El nuevo artículo 11 del Código Civil y Comercial y las acciones de daños por abuso de posición dominante en el mercado”, E.D. 264-661).

En cambio Trevisan sostuvo que “...nada impide que bajo el régimen legal vigente de la LDC los jueces otorguen a las resoluciones de la autoridad administrativa de competencia valor probatorio, considerando que éstas identifican el ilícito y determinan la culpabilidad de los infractores correspondientes” (Trevisan, Pablo, “Indemnización de daños y perjuicios por infracciones a las normas de defensa de la competencia”, J.A. del 23/10/2013, donde se cita al referido caso “Auto Gas S.A. v. YPF S.A. y otro”).

<sup>255</sup> <https://www.ibanet.org/Conferences/conf882.aspx>

<sup>256</sup> Herrero Suárez, Carmen, “La transposición en España de la directiva de daños *antitrust*”, cit.

Sea como fuere, resulta perturbador que una resolución administrativa tenga valor de “cosa juzgada” respecto del litigio judicial ulterior.

Pero ¿qué ocurre con las actuaciones administrativas que, sin coronarse en decisiones firmes, determinan la existencia de prácticas anticompetitivas?

En los EEUU, como una variante de las acciones *follow on*, también puede iniciarse la acción por abuso cuando la autoridad administrativa detecta tales ilícitos, aunque no llegue a una decisión definitiva<sup>257</sup>.

Y en Gran Bretaña<sup>258</sup>, con la ley del 01/10/2015 (*Consumer Rights Act*) algunos identifican a esos supuestos como *Hybrid claims*<sup>259</sup> por estar, en cierto modo, a mitad de camino entre las acciones *standalone* y las *follow-on*<sup>260</sup>.

Lógicamente, como no hay una resolución procesalmente inatacable tal determinación no puede tener efecto de **cosa juzgada** en el litigio que uno o más particulares encaren en los tribunales judiciales. Empero los jueces sólo pueden apartarse de las conclusiones a las que se arribaron en sede administrativa sobre el particular mediante una decisión fundada.

También en Europa, aunque no se llegue a una decisión administrativa firme, las actuaciones que determinan la existencia de abuso de la posición dominante en el mercado ejercen una gran influencia, a punto tal que el juez, para tomar una decisión que la contradiga, también debe aportar razones suficientes<sup>261</sup>.

Al evitar que el juez vuelva a tener que discutir sobre los mismos hechos, se aleja el riesgo de soluciones contradictorias, con la subsiguiente tutela de la seguridad jurídica.

Es del caso apuntar que, en el Derecho español, el personal del ente de Defensa de la Competencia tiene la condición de agente de la autoridad (art. 40.1 LDCOMP) y, por lo tanto, hasta el acta que levanta tiene valor probatorio (art. 13.4 RDCOMP). Por lo tanto, el juez debe

---

<sup>257</sup> Wong, Isabella, “Fast-track justice for competition claims”, <http://incompetition.com.au/2016/12/fast-track-justice-for-competition-claims/>.

<sup>258</sup> Vale destacar que, en Gran Bretaña, en el año 2012, la cadena británica de supermercados Sainsbury interpuso una demanda contra MasterCard acusándola de cobrar tasas de intercambio abusivas por sus tarjetas de crédito y débito. Con sustento en el art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y la Ley de Competencia del Reino Unido de 1998, y si bien no se trató de una acción *follow on*, tomando en cuenta que la Comisión había establecido que el esquema de pagos diseñado por MasterCard para el Espacio Económico Europeo conllevaba unas tasas de intercambio abusivas, en el año 2014 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirmó ese criterio y la sanción impuesta a la accionada (Serraller, Mercedes, “Las multas a Mastercard abren la vía a las demandas de daños”, <http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2016/09/01/57c86d0de5fdea4e438b4635.html>)

<sup>259</sup> Kilaniotis, Lambros, McGregor, Andy y Ross, Chris, “Private enforcement of competition law and follow-on actions in the UK”, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-618-0606?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-618-0606?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1).

<sup>260</sup> Blacklock, Ben y Davies, Joby, “High Court orders transfer of competition damages claim to the CAT”, <http://www.blplaw.com/expert-legal-insights/articles/high-court-orders-transfer-competition-damages-claim-cat>; De La Mare, Tom, “Private actions: The CRA 2015 giveth; and the 2015 CAT Rules taketh away”, <https://competitionbulletin.com/2015/10/01/private-actions-the-cra-2015-giveth-and-the-2015-cat-rules-taketh-away/>

<sup>261</sup> Calvo Caravaca, Alfonso L. y Suderow, Julia, “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del derecho *antitrust*”, rev. Cuadernos de Derecho Transnacional, octubre/2015, vol. 7, nº 2, pág. 114.

Ya en el mencionado caso “Masterfoods” se decidió que “Los órganos jurisdiccionales internos, al pronunciarse sobre acuerdos o prácticas que pueden ser todavía objeto de una decisión de la Comisión, deben evitar adoptar resoluciones que sean incompatibles con la decisión que la Comisión se proponga tomar” (Sancho Gargallo, Ignacio, “Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho Comunitario y nacional de la Competencia”, rev. InDret, 1/2009, <https://core.ac.uk/download/pdf/39072357.pdf>).

tomar en cuenta la denuncia –junto con las demás pruebas existentes–, a efectos de fundar la correspondiente resolución. En todo caso –como puede comprenderse–, esta cualificación dota de particular eficacia a la actuación de los inspectores en materia de Defensa de la Competencia<sup>262</sup>.

Esa circunstancia, en cierto modo, se replica en nuestro medio pues el art. 12 de la ley 19549 (de Procedimiento administrativo) estatuye que “El acto administrativo goza de presunción de legitimidad”<sup>263</sup>.

Es de imaginar que, entre nosotros, la evolución que llevó a ponderar las conclusiones a las que se arriben en el organismo público de Defensa de la Competencia, aunque no estén plasmadas en resoluciones firmes, tendrán un extraordinario valor a la hora de sentenciar casos judiciales.

Por empezar, los expedientes administrativos, aunque no hayan concluido<sup>264</sup>, son tradicionalmente considerados prueba valedera por los tribunales<sup>265</sup>. En ello coincide con la Doctrina especializada<sup>266</sup>.

Es que, como bien se ha dicho, “Se trata -simplemente- de reconocer eficacia, en principio y salvo comprobación de su inexactitud, a determinados instrumentos emitidos por ciertos funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones...”<sup>267</sup>.

Por eso las actuaciones de los organismos públicos del área respectiva, en tanto instrumentos públicos, tienen especial valor en el proceso civil, a menos que el sujeto involucrado hubiera cuestionado con éxito la legalidad del procedimiento, la constitucionalidad de la ley que lo regula o hubiera estado coartado su derecho de defensa<sup>268</sup>.

Y en cuanto a las actuaciones llevadas a cabo por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia debe tenerse presente que la Corte Suprema federal expresamente le reconoció la condición de autoridad de aplicación del régimen de Defensa de la Competencia, aclarando que sus pronunciamientos son obligatorios *erga omnes* y son válidos para terceros<sup>269</sup>.

---

<sup>262</sup> Laguna de Paz, José C., “Las potestades administrativas de investigación en materia de defensa de la competencia”, E.D. Administrativo 2009-739.

<sup>263</sup> Al respecto: CSJN, 08/02/2005, “Romero S.A. s/Apelación”, MJJ3503; ídem, 06/07/2004, “Bottaro, Oscar E. c. Estado Nacional (Ministerio de Economía y otro)”, MJJ43650.

<sup>264</sup> CNCom, Sala “A”, 14/12/2007, “Carleton SRL c. Tres Sietes S.A.”, MJJ20919.

<sup>265</sup> CNCom, Sala “C”, 15/03/2012, “Garbarino Moiraghi SH c. Centro Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Argentinos y otros”, MJJ74679; ídem, 08/10/2013, “Lencelandia Sociedad de Hecho de Muzouglu y otros s/Conc Prev s/Inc. de Revisión”, MJJ83175; ídem, 29/05/2014, “New North s/Conc Prev s/Inc. de Revisión por la concursada al crédito de AFIP-DGI”, MJJ90074; ídem, Sala “D”, 24/04/2014, “Inspección General de Justicia c. Dimensión 3 S.A.”, MJJ86513; ídem, 31/03/2008, “Cablevisión S.A. s/APE”, MJJ21064; ídem, 30/05/2016, “C.P.T. Integral S.A. c. Banco Santander Río S.A.”, MJJ99759; ídem, Sala “F”, 09/08/2012, “Espumas Argentinas S.A. s/Conc Prev s/Inc. de Revisión por GCBA”, MJJ75419; ídem, 27/11/2012, “Foward Servides Latin American S.A. c. Telefónica de Argentina S.A.”, MJJ77562.

<sup>266</sup> D' Argenio, Inés, “Valor probatorio del expediente administrativo”, J. A. 1194-III-100.

<sup>267</sup> CNCom, Sala “A”, 28/09/2010, “Banco Comercial de Finanzas S.A. s/Quiebra s/Inc. de Revisión por Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires”, MJJ60260; ídem, Sala “C”, 19/09/2017, “Pulloverfin SAIC s/Conc Prev”, MJJ108072.

<sup>268</sup> CNCom, Sala “A”, 02/09/2015, “Panabaires S.A. s/Quiebra s/Inc. de Verificación de Crédito por AFIP”, E.D. Digital (86208); ídem, Sala “C”, 11/11/2014, “Dirección General de Rentas de la Provincia de Tucumán c. Industrias Alimenticias Mendocinas S.A. y otros s/Conc Prev s/Inc. de revisión por la concursada respecto del crédito de D.G.R. de la Provincia de Tucumán”, MJJ90332.

<sup>269</sup> CSJN, 09/03/2011, “Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional/Ministerio de Economía y Producción en la causa “Multicanal S.A. y otro c. CONADECO. dto. 527/05 y otros”, Fallos 334-237.